

Pandemia ed obbligo vaccinale: lo stato dell'arte del dibattito dottrinale nel prisma dell'ordinanza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia n. 38/2022

di Alberto Zito

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Obbligo vaccinale e sicurezza del vaccino: i diversi orientamenti emersi nel seminario. – 3. Obbligo vaccinale e sua legittimità a partire dalla capacità normogenetica del fatto. – 4. Obbligo vaccinale e criteri di interpretazione delle disposizioni normative: una rilevante questione di metodo. – 5. L'obbligo vaccinale tra solidarietà, razionalità, precauzione e trasparenza. – 6. L'ordinanza del CGAR e il contributo d'analisi critico offerto dalla dottrina. – 7. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive*

Il seminario ha costituito l'occasione per riflettere, a partire dall'ordinanza “istruttoria” del CGARS, su una pluralità di tematiche tutte di formidabile importanza: la legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale; i criteri con cui interpretare la disciplina, che tale obbligo impone, soprattutto dal punto di vista dell'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione; i rapporti tra diritto e scienza colti nella dimensione sia dell'attività legislativa sia dell'attività amministrativa sia dell'attività giurisdizionale; la razionalità delle scelte compiute per contrastare e contenere la pandemia; la rilevanza del principio di solidarietà per giustificare l'imposizione dell'obbligo; l'applicazione del principio di precauzione; la trasparenza e i connessi problemi di corretta informazione del pubblico. Il seminario ha costituito anche l'occasione per riflettere su alcune scelte processuali compiute dal CGARS che presentano forti accenti di novità. Da ultimo, ma non per ultimo, il seminario si è giovato anche dell'apporto offerto dalla scienza medica attraverso la relazione di un immunologo che certamente ha svolto riflessioni utili per i giuristi.

Desidero dunque esprimere in primo luogo un plauso agli organizzatori: il seminario ha rappresentato un ottimo esempio di come la scienza giuridica con le proprie riflessioni possa, partendo dalle decisioni giudiziali, aiutare la giurisprudenza, mettendole a disposizione materiali scientifici di grande qualità e spessore da cui la giurisprudenza stessa non può che trarre giovamento. Agli organizzatori va dunque ascritto il merito di avere attivato un circolo virtuoso tra teoria e pratica giuridica.

2. *Obbligo vaccinale e sicurezza del vaccino: i diversi orientamenti emersi nel seminario*

È molto difficile, nei limiti di una relazione conclusiva, dare conto della ricchezza del dibattito svolto. Mi limiterò dunque a qualche considerazione di

sintesi sulle tematiche affrontate a partire dalla questione, per così dire, “madre” che può, a mio parere, essere utilmente posta in forma di domanda: i vaccini anti Covid, oltre che efficaci (circostanza su cui è difficile avanzare dubbi), sono anche sicuri nel medio e lungo termine? La questione è centrale perché, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale, più volte ricordata nelle relazioni e negli interventi, l’obbligo vaccinale può essere imposto solo in presenza di alcuni presupposti, tra i quali vi è quello che il trattamento non incida negativamente sulla salute dell’obbligato se non per quelle conseguenze che appaiono normali e dunque tollerabili (tale presupposto, sia detto incidentalmente, apre peraltro alcuni problemi di non poco momento ed in primo luogo quello di capire se l’individuazione del rischio fisiologico, ovvero le conseguenze negative che appaiono normali e tollerabili, debba basarsi su un giudizio affidato alla scienza medica o se, in sostituzione di tale giudizio, o anche in aggiunta ad esso, la perimetrazione di tale rischio sia demandata alla scelta politica).

In ogni caso sul tema della sicurezza del vaccino sono emerse posizioni diverse da cui sono scaturite conseguenze diverse rispetto al problema della legittimità costituzionale dell’imposizione dell’obbligo.

In primo luogo vi è l’orientamento scettico espresso da Alessandro Mangia. Ciò che colpisce nella relazione svolta è che il ragionamento si svolge per intero all’interno della logica dell’indagine giuridica. Schematizzando al massimo un ragionamento ricco ed articolato: se i vaccini anti Covid hanno ricevuto un’autorizzazione condizionata e non un’autorizzazione *standard*, ciò significa che essi hanno sicuramente qualcosa di meno rispetto a quelli che sono oggetto della seconda, perché, se così non fosse, non si capirebbe allora la distinzione a livello normativo tra i due tipi di autorizzazioni. E questo qualcosa di meno riguarda proprio il tema della sicurezza, dal momento che nel caso dei vaccini anti Covid, per un verso, le fasi della sperimentazione si sono parzialmente sovrapposte e, per altro verso, è mancata la vigilanza, prima dell’immissione in commercio, sugli effetti a medio e lungo termine del vaccino.

Si può naturalmente concordare o dissentire con Mangia, tuttavia la tesi sostenuta (ed il ragionamento complessivo che la sostiene) non può essere superata senza procedere ad una (non facile) confutazione della stessa, perché è evidente che, se la misura più invasiva rispetto alla libertà del singolo, qual è l’obbligo vaccinale, può certamente riguardare il caso dell’autorizzazione *standard*, essa non può facilmente essere estesa al caso dell’autorizzazione condizionata.

È emerso nel seminario un orientamento, a dire il vero maggioritario, che scettico non è affatto: i vaccini sono, oltre che efficaci, anche sicuri. Muovendo da tale premessa, basata sul giudizio degli scienziati, si giunge ad una conclusione diversa sulla legittimità costituzionale dell’obbligo vaccinale. Antonio Ruggeri in particolare, valorizzando al massimo la portata precettiva della Costituzione e delle sue norme, sostiene che imporre l’obbligo vaccinale generalizzato sia

misura che discende direttamente dalla Costituzione (*«nella situazione odierna [...] la disciplina volta all'introduzione dell'obbligo vaccinale [...] discende – sarei tentato di dire a rime obbligatissime – dalla Costituzione»*). La situazione di fatto, per un verso, e il giudizio della scienza sulla efficacia e sicurezza dei vaccini, per altro verso, sono circostanze sufficienti ad imprimere agli enunciati costituzionali, nel caso di specie l'art. 32 della Costituzione, un significato puntuale da cui scaturisce la necessità di introdurre l'obbligo vaccinale.

Si tratta, come è evidente, di una ricostruzione che si iscrive in una particolare teoria della Costituzione e dell'interpretazione costituzionale, come lo stesso relatore peraltro ha cura di precisare, in cui i fatti hanno, anche a livello costituzionale, una capacità normogenetica non intesa nella sua accezione forte, ma in una accezione, per così dire, "attenuata". Dai fatti non scaturisce direttamente la norma, pur tuttavia gli stessi, anche quelli che parrebbero estranei al tessuto costituzionale, possono immettersi, secondo la tesi esposta da Ruggeri, *«con centralità di posto nella struttura stessa degli enunciati costituzionali, che ne vengono pertanto impressionati e riconfermati, sì da caricarsi di peculiari significati verso di essi orientati»*.

3. *Obbligo vaccinale e sua legittimità a partire dalla capacità normogenetica del fatto*

In una prospettiva volta a valorizzare la capacità normogenetica dei fatti si sono posti, a mio parere, anche altri relatori ed interventori. Mi riferisco in primo luogo a Mario Spasiano che, al termine di un serrato confronto critico con l'ordinanza del CGARS e pur ammettendo che il decreto legge *«non è adeguato a disporre norme che impongono obblighi a carattere irreversibile come la sottoposizione a vaccino»*, sostiene che *«il sistema messo in piedi dall'organizzazione sanitaria nazionale in tempi di pandemia e le norme che ad esso hanno dato vita possono presentare falle e contraddizioni talora anche vistose, ma la coerenza del sistema complessivo, la sua efficacia non sono posti in discussione dalla messa in dubbio di singoli profili organizzativi che, pure rilevanti, pertengono al merito dell'azione amministrativa»*. Tali profili *«sono frutto di scelte possibili (magari non condivise) costituenti una delle possibili modalità di scelta alle quali l'amministrazione si è affidata; inoltre, essi sono il frutto di una lotta ad un fenomeno pandemico di proporzioni immani a fronte del quale l'evidenziazione di specifici e di certo non decisivi elementi di contraddizione o di inefficacia non hanno e non possono avere ragionevolmente considerazione»*. Qui il ragionamento svolto assume come premessa il fatto della pandemia e la sua gravità dal punto di vista dell'intensità e degli effetti per affermare che la valutazione del giurista su ciò che a livello normativo ed amministrativo è stato fatto non può che basarsi su una visione d'insieme, che non deve focalizzarsi sulle singole parti, ma sul tutto.

Nello stesso orizzonte concettuale si è mosso, a mio parere, anche Marco Mazzamuto, il quale sostiene che *«l'vicenda della pandemia presenta un quadro com-*

plesso dove entra in gioco sia, su un piano diacronico, il divenire dei fatti, sia l'articolazione soggettiva o oggettiva delle misure di contenimento» con la conseguenza che “a parte, come ovvio, il rispetto di certe situazioni intangibili (ad es. le categorie esentate dal vaccino), le misure di contenimento vanno considerate nel loro “insieme” e nella prospettiva temporale dell'intera parabola della pandemia, mentre appare del tutto irragionevole che ci si dedichi ad una certissima puntigliosità e nella logica del moment by moment».

L'interesse di queste posizioni è evidente in primo luogo dal punto di vista metodologico: nell'ambito del dibattito tra approccio individualista ed approccio comunitarista ai fatti sociali, che percorre da sempre tutte le scienze sociali, essi adottano la seconda prospettiva in base alla quale, come è noto, la comunità non si risolve nella somma delle interazioni tra i suoi membri, ma costituisce un corpo sociale dotato di una autonoma consistenza e di proprie prerogative (la questione non è affatto estranea all'ambito della riflessione giuridica: del primo approccio, quello individualista, è infatti espressione il normativismo kelseniano, dal momento che l'ordinamento giuridico si risolve nell'insieme delle norme che regolano i comportamenti individuali; del secondo approccio, quello comunitarista, è espressione l'istituzionismo romaniano, che predica che l'ordinamento giuridico non si risolve nell'insieme delle sole norme in esso presenti, ma presenti un *quid pluris* dato, per l'appunto, dall'istituzione).

Le posizioni espresse da Spasiano e Mazzamuto meritano in ogni caso particolare considerazione non soltanto perché ci obbligano a riflettere sul metodo giuridico con cui affrontare la questione, ma perché sono dense di conseguenze sul piano del bilanciamento tra la libertà di non sottoporsi ad alcun trattamento sanitario, riconosciuta dall'art. 32 della Costituzione, e le esigenze della collettività che giustificano la limitazione con legge di tale libertà. È evidente, infatti, che, se si adotta un approccio comunitarista al problema, piuttosto che di bilanciamento tra i due valori forse si dovrebbe parlare di una gerarchia già definibile in astratto in cui vi è prevalenza delle esigenze collettive e in cui il riferimento al caso concreto e alle circostanze di fatto, piuttosto che servire al bilanciamento in concreto, serve per determinare in astratto il valore e la “forza” dei principi e dunque la loro gerarchia.

Infine afferma la necessità di assumere una visione di insieme sulla vicenda pandemica anche Felice Blando, il quale sviluppa un discorso sul rapporto tra pandemia e Costituzione affermando che tale rapporto «*esigeva da parte dei giuristi italiani una severa capacità critica, una fresca volontà di scrollarsi di dosso schemi rigidi e di rivedere, in parte, le strutture teoriche e gli strumenti tecnici di disciplina*». Il rapporto in questione è stato invece impostato nella prospettiva corretta da Peter Häberle secondo cui «*la condizione di emergenza dello Stato appartiene alle istituzioni “normali” dello Stato costituzionale*».

Da queste premesse Blando fa discendere, tra l'altro, che le aspre contestazioni alle norme di contenimento del virus sono il frutto di un indebolimento sostanziale della coscienza democratica: «*l'individuo [...] non si riconosce più nello Stato*» sicché «*la sua libertà non si identifica e risolve nella legge, ma si agita in un rapporto che assume carattere ideologico e critico*».

Come è evidente, le questioni sollevate toccano tutti gli snodi nevralgici del rapporto tra emergenza e Costituzione. Se il tentativo di ricondurre la situazione d'emergenza dentro uno schema di normalità di funzionamento dell'ordinamento giuridico democratico merita apprezzamento, non di meno non bisogna sottovalutare come i poteri, che sono connessi alla gestione dell'emergenza e che vengono riconosciuti agli organi di governo in tale situazione, diano corpo ad un fenomeno che va maneggiato con grande cautela. Si tratta infatti di poteri che, per ampiezza di contenuto e per rilevanza ed intensità degli effetti giuridici che producono, possono, se non "sapientemente" esercitati, determinare essi stessi uno strappo del tessuto democratico. Per cui, se si vuole aderire all'impostazione di Blando, a preoccupare di più deve essere, forse, non tanto o non soltanto la critica che al loro esercizio viene mossa, ma l'esistenza di una robusta coscienza democratica in chi è preposto ad esercitarli.

Affronta, sia pure da una diversa prospettiva, il rapporto tra situazione d'emergenza e funzionamento del sistema giuridico anche Loredana Giani. Il ragionamento svolto prende le mosse dalla constatazione che di fronte ad un evento eccezionale, quale quello pandemico, talvolta *«abbiamo assistito a una risposta dominata dalla straordinarietà, rispetto alla quale, l'evento eccezionale, non ha trovato altra via se non attraverso la messa in campo di strumenti eccezionali, che hanno derogato a qualsiasi regola di funzionamento del sistema»*, mentre in altri casi *«il sistema è riuscito a trovare al proprio interno degli elementi su cui fondare una reazione che, pur straordinaria, si è posta in linea con i parametri di funzionamento del sistema, generando un contesto ordinario di reazione al medesimo evento eccezionale»*. Dall'esperienza si può e deve trarre un insegnamento ossia che è possibile, assumendo una prospettiva che parta dalla convivenza fisiologica tra diritto e rischio nelle società odierne, tentare *«una normalizzazione delle fattispecie insolite che non ne fa sottovalutare né l'eccezionalità, né l'urgenza, ma che metta a disposizione della stessa amministrazione una cassetta degli attrezzi, delle competenze, che consentano di trovare nel sistema gli elementi per il raggiungimento del nuovo equilibrio»*. Si tratta, come evidente, di una interessantissima prospettiva, diversa da quella di Blando, in cui la situazione eccezionale viene ricondotta dentro la "normalità" di funzionamento del sistema giuridico non attraverso la previsione di poteri eccezionali ma prevedendo *ex ante* strumenti idonei a fronteggiarli. Si tratta, a mio parere, di una prospettiva d'indagine particolarmente interessante e meritevole di essere sviluppata.

4. *Obbligo vaccinale e criteri di interpretazione delle disposizioni normative: una rilevante questione di metodo*

Problemi di metodo sono presenti anche nelle relazioni di Giuseppe Verde e di Elisa Cavasino. In ambedue, infatti, viene affrontata, tra le altre, la questione

di quale sia il corretto canone ermeneutico con cui interpretare l'art. 4 del d.l. n. 44/2021, che prevede l'obbligo vaccinale *«per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono le loro attività nelle strutture sanitarie, socio sanitarie e socio assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali»*.

La norma è di particolare rilievo nel giudizio pendente dinanzi al CGARS, perché il caso sottoposto all'esame del collegio riguarda uno studente iscritto al corso di laurea in scienze infermieristiche, le cui attività didattiche e formative prevedono anche il tirocinio obbligatorio presso una struttura sanitaria, in assenza del quale è precluso il conseguimento del titolo accademico. Lo studente non vaccinato, di fronte al diniego di frequenza opposto dall'Università, aveva proposto ricorso al TAR, che aveva negato la concessione della misura cautelare, e poi appello al CGARS avverso l'ordinanza adottata dal giudice di primo grado. Il CGARS, prima di decidere in sede cautelare, dubitando sulla legittimità costituzionale della norma, ha disposto una verifica al fine di acquisire elementi di fatto e di giudizio utile per decidere se rimettere o meno la questione dinanzi alla Corte Costituzionale.

È noto come la rimessione alla Corte sia subordinata alla presenza di due presupposti quello della rilevanza e quello della non manifesta infondatezza. Con riguardo alla rilevanza essa deriva dalla circostanza che l'applicazione della norma, della cui costituzionalità si dubita, sia necessaria ai fini della decisione della controversia. Ebbene il CGARS ha ritenuto che tale rilevanza vi sia e a tale conclusione è pervenuta attraverso una interpretazione analogica della disposizione, come sottolineato da Cavasino. La norma in questione, infatti, nell'individuare la fattispecie, non fa riferimento agli studenti, ma unicamente agli esercenti le professioni sanitarie, di cui fornisce anche la specificazione.

Sia Verde sia Cavasino si chiedono dunque se l'utilizzo di tale criterio interpretativo sia corretto dal momento che si tratta di una norma che, imponendo un obbligo di fare, ossia sottoporsi al vaccino, limita una situazione giuridica soggettiva peraltro riconosciuta e garantita dall'art. 32 della Costituzione. È evidente che, ove si applicasse il criterio letterale in luogo del procedimento per analogia, la conclusione che ne discenderebbe rispetto all'ambito di applicazione soggettiva della disposizione sarebbe affatto diversa. Si dovrebbe infatti escludere la sua applicazione al caso dello studente universitario con conseguente mancanza del presupposto della rilevanza della disposizione stessa ai fini della rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

La questione ha una grande importanza sotto il profilo teorico e nuovamente può essere posta utilmente sotto forma di domanda: qual è il criterio che bisogna utilizzare quando si tratti di individuare il significato da ascrivere ad un enunciato normativo che dispone limitazioni alle libertà e ai diritti dei destinatari? Il problema va ben al di là del caso concreto, che il CGAR deve affrontare,

rispetto al quale, sia detto incidentalmente, vi è stata anche una sopravvenienza normativa rappresentata dalla disposizione introdotta in sede di conversione del D.L. n. 44/2021. Si tratta dell'art. 4, comma 1, *bis* che ha stabilito che l'obbligo vaccinale 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. Sebbene tale sopravvenienza possa essere rilevante ai fini della decisione cautelare che il CGARS deve adottare, come ricorda con dovizia di analisi Verde, ciò nulla toglie alla rilevanza della domanda posta in precedenza.

Sul punto sia Verde sia Cavasino prendono posizione giungendo ad una conclusione contraria all'applicazione del criterio analogico sia pure con diverse argomentazioni. Secondo Verde *«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»* con la conseguenza che, perlomeno sulla base della versione originaria dell'art. 4 del D.L. n. 44/2021, non era possibile rinvenire alcun obbligo vaccinale per tali studenti. L'insussistenza di un tale obbligo trova conferma anche nel fatto che esso risulta previsto solo a seguito dell'introduzione, nel corpo delle disposizioni del D.L. n. 44/2021, del comma 1 *bis*, in sede di legge di conversione del D.L. n. 172/2021. Si tratta di una conclusione che è il frutto dell'applicazione del criterio letterale e che esclude dunque che, allorquando si tratti di ascrivere significato ad una disposizione che limiti libertà e diritti, specie se costituzionalmente riconosciuti e garantiti, si possa fare ricorso a tecniche interpretative diverse siano essi ispirate al criterio analogico o anche allo stesso criterio teleologico che pure determina un ampliamento della fattispecie astratta con evidenti ricadute sui casi concreti che in essa sono da sussumere.

Cavasino, dopo avere ricordato come *«il CGARS giunge a ritenere corretta l'interpretazione analogica della disciplina sull'obbligo vaccinale sulla base di un'interpretazione orientata dal principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. omettendo però di richiamare, in questi passaggi, l'art. 32 Cost. che è la disposizione di riferimento primario per definire il bilanciamento fra principi di solidarietà e autodeterminazione nel caso dell'obbligo vaccinale»*, esprime più di un dubbio sul fatto che tale interpretazione possa essere utilizzata per i trattamenti sanitari obbligatori (escludendola peraltro decisamente nei riguardi dei trattamenti sanitari coattivi), ritenendo invece possibile, in presenza di una disciplina legislativa lacunosa o incoerente, procedere ad una interpretazione che affronti, ai fini della rimessione della questione alla Corte costituzionale, il nodo della ragionevolezza della norma, così da portare dinanzi alla Corte una questione di legittimità concernente la "norma omessa" che rende irragionevole la non sottoposizione di determinate categorie di soggetti all'obbligo vaccinale.

Come è evidente Verde si muove con più nettezza nell'affermare che il criterio interpretativo da utilizzare sia quello letterale, mentre Cavasino è più orientata ad escludere l'uso del criterio analogico adoperato dal CGARS.

Al di là di queste differenze non si può non concordare con le posizioni dei due studiosi. Se l'interpretazione delle disposizioni normative è infatti attività necessaria, sia del giurista teorico che di quello pratico, e a prescindere da quale teoria dell'interpretazione si adotti, l'utilizzo del criterio letterale sembra l'unico possibile se si vuole arrivare ad esiti interpretativi garantisti, che difendano nella misura più ampia possibile le persone dall'intrusione del potere nella sfera della propria libertà di autodeterminazione. Un approccio garantista all'interpretazione è quanto mai necessario solo che si pensi al fatto che, nell'ambito delle posizioni teoriche sull'interpretazione, sono presenti e non da oggi, accanto a teorie cognitive, in cui l'interpretazione è essenzialmente conoscenza del significato negli enunciati normativi sia pure non priva di margini di valutazione discrezionale, anche teorie scettiche o relativistiche che vedono nell'interpretazione un'attività di valutativa disancorata il più possibile da vincoli testuali e dunque un'attività in cui il momento centrale non è la conoscenza, ma la volontà dell'interprete.

In un momento di gravi difficoltà e di crisi, quel è quello che stiamo vivendo per effetto della pandemia, ma più in generale in un momento in cui la stessa democrazia viene sfidata da più parti, è forse necessario rimanere ancorati saldamente, quando di tratti di libertà e diritti, al criterio letterale.

5. *L'obbligo vaccinale tra solidarietà, razionalità, precauzione e trasparenza*

Solidarietà, razionalità, precauzione e trasparenza sono, come è emerso dalle relazioni e dagli interventi, concetti “chiave” per analizzare, comprendere e giudicare ciò che è accaduto sia a livello normativo sia a livello della complessiva azione di Governo finalizzata a contrastare e contenere gli effetti della pandemia.

Sulla solidarietà quale fattore decisivo per affermare la legittimità dell'obbligo vaccinale si è soffermata Laura Lorello che ci ha ricordato, sulla scia della giurisprudenza della Corte costituzionale, come nella tutela della salute «*si incontrano la dimensione individuale e quella collettiva della persona, richiamate espressamente dall'art. 2 Cost. [...] e saldate insieme dal principio di solidarietà*». Questo richiamo alla persona è, a mio parere, particolarmente importante perché in questo modo la questione dell'obbligo vaccinale viene liberata dalla “ipoteca” del rapporto conflittuale tra libertà dell'individuo ed esigenze della collettività, per essere ricondotta dentro una cornice in cui, ad essere al centro, è proprio la persona che si realizza come tale sia nella dimensione individuale sia nella dimensione di appartenenza alla collettività. Anche in questo caso vi è un importante indicazione di metodo. Il tema dell'obbligo vaccinale non va affrontato partendo da un orizzonte concettuale di scontro tra opposte esigenze, ma in una prospettiva di personalismo integrale.

Il tema del bilanciamento tra diritti fondamentali e salute collettiva è stato affrontato anche da Luciana De Grazia che, attraverso un'analisi puntuale degli orientamenti della giurisprudenza spagnola e francese, ha ricordato come il bilanciamento sia frutto di una pari attenzione posta nei confronti di entrambe le dimensioni e come molta cura venga parimenti riservata al giudizio di proporzionalità, idoneità e necessità della misura adottata concludendo che *«l'attenzione a tutti questi elementi denota come la tutela della salute collettiva non debba essere necessariamente prevalente rispetto i bisogni e i diritti dei singoli»*.

Il tema della razionalità dell'azione pubblica volta a contrastare e contenere la pandemia viene affrontata da Roberta Lombardi e da Fabrizia Santini. Il richiamo alla razionalità fornisce anche in questo caso una rilevante indicazione di metodo. Analizzare le scelte legislative compiute e, più in generale, la complessiva azione di governo in tema di pandemia non si può risolvere in una mera ricognizione della ragionevolezza delle scelte, ma deve attingere ad un livello più alto in cui a entrare in gioco è il principio di razionalità inteso come coerenza "forte" tra le scelte fatte e gli obiettivi perseguiti sia in termini di strumenti utilizzati sia in termini di efficacia dei risultati.

È proprio muovendo da questa prospettiva, utilizzata in particolare per affrontare il tema del *green pass*, che Lombardi e Santini possono affermare che le questioni che si agitano su questo tema impongono di liberare il discorso *«da ogni precomprensione inquinante o sentimentalismo giuridico che poco si addicono ad una scienza razionale quale dovrebbe essere quella del diritto»*. Ebbene sul *green pass* l'applicazione di un tale metodo di indagine si rivela fecondo e conduce ad affermare che, se si vuole adottare una strategia volta a far sì che le persone compiano, senza che vi sia un obbligo giuridico, una certa scelta, quella cioè di sottoporsi al vaccino, un presupposto indispensabile per la sua riuscita è rappresentata da un corretto agire razionale di tipo comunicativo, per usare la terminologia di Habermas, in cui il comunicare è in primo luogo semina e diffusione di corretta e comprensibile conoscenza.

Sul punto Lombardi e Santini non possono però che manifestare critiche perché non si può dire che nella vicenda in questione la comunicazione, sia degli esperti sia dei decisori politici ed amministrativi, *«abbia brillato per chiarezza ed uniformità di informazioni, essendo stata invero contraddistinta da difformità di opinioni, smentite, contraddizioni, fughe in avanti e ripensamenti repentini»*. Con la conseguenza che *«il seme della conoscenza non è stato in grado di contribuire a disegnare quella dimensione fisiologica e privilegiata entro la quale dovrebbe iscriversi qualsiasi campagna vaccinale, di adesione volontaria alla medesima a beneficio di tutti e di ciascuno»*.

Di razionalità, sia pure nella dimensione organizzativa, si è occupato Gaetano Armao. Muovendo da una puntuale ed esaustiva ricostruzione storica dell'intervento pubblico a tutela della salute, di cui vengono ripercorse le tappe a partire dall'unità d'Italia ad oggi, ci ricorda come se *«un insegnamento può trarsi*

da quella esperienza per il nostro tempo, nel quale si è avviata la ripresa dopo la drammatica pandemia, è quello di guardare ad un profondo riassetto del nostro sistema sanitario [...] affinché di fronte alle prospettive di nuove epidemie [...] si costruisca una rafforzata capacità di prevenzione e reazione dell'intero sistema-Paese».

Sul tema della comunicazione vi sono le approfondite e pregevoli riflessioni di Anna Simonati che, muovendo dal principio di trasparenza dell'azione pubblica, si sofferma in particolare sulla dimensione "collettivistica" di tale principio ossia sul connesso obbligo di corretta informazione della collettività. Il punto importante è che tale obbligo non riguarda tanto la reperibilità delle informazioni quanto la loro comprensibilità e questo aspetto, come ci ricorda Simonati, è sovente trascurato dal dibattito ed anche dall'ordinanza del CGAR, dal momento che *«l'impressione generale [...] è che il collegio sia propenso a ritenere che l'onere informativo sia soddisfatto con l'effettiva reperibilità dei dati, secondo circuiti noti e rintracciabili».* Trascurare la questione della comprensibilità, secondo Simonati, ha determinato che *«i recenti fenomeni di insofferenza alla vaccinazione ... sono stati probabilmente aggravati dalla scarsa comprensione dei dati divulgati».*

Il richiamo alla comprensibilità delle informazioni, quale obbligo principale che grava sui pubblici poteri, mi pare particolarmente rilevante, perché non è sufficiente, per affermare che tale obbligo sia stato adempiuto, fornire dati, ma è necessario che essi siano stati previamente trattati con il metodo adeguato per offrire alla collettività effettiva conoscenza dei fenomeni che sono veicolati dall'informazioni fornita.

Un altro tema importante, quello del principio di precauzione, è affrontato da Marco Calabrò, il quale muove da un passaggio dell'ordinanza del CGARS in cui, a fondamento dell'obbligo vaccinale, viene richiamato proprio tale principio sia pure declinato in senso inverso a quello che esso esprime (nel senso cioè che, se il principio di precauzione opera come limite allo svolgimento di determinate attività potenzialmente dannose, pur in assenza di un giudizio scientificamente attendibile sul rischio, tale principio, nel caso dell'obbligo vaccinale, opera in positivo ossia come obbligo di sottoporsi alla vaccinazione). Secondo Calabrò nel caso dell'imposizione dell'obbligo vaccinale a determinate categorie di soggetti non è corretto *«parlare di applicazione in senso inverso del principio di precauzione, bensì di (parziale) non applicazione dello stesso, nella misura in cui esso opera correttamente se si esamina il fenomeno dal punto di vista dell'accezione collettiva del diritto alla salute, mentre risulta sostanzialmente disapplicato nell'ottica della tutela del diritto alla salute del singolo operatore sanitario: dovendosi tutelare contestualmente due diritti alla salute facenti capo ad ambiti soggettivi differenti, una corretta applicazione del principio di precauzione avrebbe dovuto indurre il legislatore ad individuare soluzioni meno nette ed irreversibili».*

Si tratta di una riflessione critica importante perché fa chiarezza su una questione -il rapporto tra principio di precauzione e situazione pandemica- non sempre messo chiaramente a fuoco.

Di sicuro interesse è anche la riflessione di Antonella Sciortino sull'ordinanza del CGARS in particolare nella parte in cui si mette in rilievo come «*la tutela della salute pubblica non è messa a repentaglio solo dal Covid direttamente [...] ma anche indirettamente, ossia paralizzando il Sistema sanitario e incidendo sulla "disponibilità" a erogare assistenza sanitaria per altre patologie*». Il merito maggiore dell'analisi condotta sta nell'aver spostato l'attenzione dal problema dello scontro tra libertà del singolo ed esigenze della collettività a quello, perimenti rilevante, del conflitto tra diritto alla salute inteso come libertà negativa e diritto alla salute inteso come diritto a ricevere la prestazione sanitaria. Una questione che non sempre riceve la dovuta attenzione nel dibattito e che invece può dare un sostegno importante alla tesi della legittimità dell'obbligo vaccinale.

6. *L'ordinanza del CGAR e il contributo d'analisi critico offerto dalla dottrina*

Vi sono stati anche relazioni e interventi che, pur affrontando questioni generali di particolare spessore, lo hanno fatto a partire da un serrato confronto con l'ordinanza del CGARS, che ha condotto anche ad una disamina puntuale delle scelte, per così dire, processuali adottate dal collegio.

Un importante contributo, che ha indagato sull'orizzonte culturale di riferimento che sta alla base della predetta ordinanza o, se si preferisce, sull'ideologia, intesa nell'accezione di visione del mondo, entro la quale essa si colloca, è stato offerto da Guido Corso che ha utilizzato un approccio che, partendo dal ragionamento giuridico fatto dal collegio giudicante, ne inferisce ciò che sta dietro.

L'analisi di Corso si colloca dunque su quel terreno di frontiera in cui le decisioni giudiziali si saldano con il contesto culturale. Si tratta di un terreno che non può e non deve essere escluso dal campo di interesse del giurista per la semplice ragione che l'esperienza giuridica complessivamente intesa è pur sempre un prodotto culturale e dunque qualunque manifestazione si realizzi nell'ambito dell'ordinamento giuridico, sia essa una legge, un atto amministrativo o una sentenza, risente inevitabilmente del più ampio contesto in cui si inserisce. Il fatto che tale tecnica di indagine non sia sovente praticata dal giurista e che gli studi sulle decisioni giudiziali si risolvano quasi sempre sui profili intrinseci alla decisione stessa, ossia sulla premessa normativa e su quella fattuale e sulla correttezza dell'esito che ne scaturisce secondo il meccanismo del sillogismo giudiziale, è motivo in più per apprezzare l'impostazione seguita da Corso.

La premessa da cui si prende le mosse è che il collegio giudicante non solleva con l'ordinanza immediatamente la questione di legittimità costituzionale, ma ordina un articolata istruttoria per verificare se l'obbligo vaccinale soddisfi le condizioni indicate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Dopo avere ricordato i quesiti che vengono posti all'organo verificatore, l'attenzione di Corso

si concentra in particolare su quelli che riguardano i rischi che *«il verificatore deve valutare: un bilancio rischi/benefici “a livello generale, sul piano vaccinale”; quali siano le evidenze scientifiche circa l’opportunità della vaccinazione di soggetti già contagiati dal virus; quale sia l’efficacia dei vaccini di fronte alle nuove varianti del virus; che tipo di sorveglianza sia esercitata “sulle reazioni avverse ai vaccini”; quanti sono i vaccinati che sono stati egualmente contagiati dal virus»*. Ebbene, secondo, Corso da questi quesiti si inferisce che l’assunto da cui muove il collegio sembra essere che *«solo se vi è l’assoluta certezza che il vaccino è efficace in tutti i casi e che la sua somministrazione non è mai nociva, l’obbligo di vaccinazione può considerarsi conciliabile con l’art. 32 Cost. Se questa certezza non c’è, il giudizio va sospeso e la questione rimessa alla Corte Costituzionale»*. A riprova di ciò viene poi ricordato come sia significativa la circostanza che vengano chiesti i dati sul numero dei ricoveri e dei decessi dei contagiati, ma non quelli relativi ai ricoveri e ai decessi dei contagiati non vaccinati.

Si può concordare o dissentire con questa conclusione, ma è indubbio che le riflessioni di Corso mostrino come il giurista non possa fare a meno di collocarsi nell’analisi dei fenomeni che assume ad oggetto di studio, specie se essi intercettano il corpo e la mente delle persone e dunque siano espressione di quello che può ben essere definito biodiritto, in una dimensione più ampia rispetto alla analisi del mero dato normativo o del ragionamento giuridico con cui le norme ricevono applicazione.

In una prospettiva non dissimile da quella di Corso si pone anche Aristide Police il quale, al fine di formulare un giudizio critico sull’ordinanza, procede preliminarmente ad una contestualizzazione della stessa nell’attuale fase dell’emergenza pandemica. Oggi, dice Police, ci troviamo in un periodo storico *«nel quale l’intera collettività nazionale [...] si è fatta carico della responsabilità di vaccinarsi e lo ha fatto nell’interesse proprio, ma anche nell’interesse della collettività corrispondendo al dovere solidaristico che nella nostra Carta costituzionale è solennemente enunciato sin dall’art. 2»*. Da ciò consegue che *«Nel gennaio 2022, [...] 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»*.

In questo passaggio, oltre alla critica di tipo generale rivolta all’ordinanza, emerge tra le righe una critica squisitamente d’ordine processuale, che viene espressa attraverso il richiamo ad un principio processuale che non sembra essere stato tenuto in debita considerazione dal collegio, ossia il principio dell’onerare della prova, che non può essere mai disatteso. Ma ben più rilevante, perché riporta l’analisi sul più generale terreno delle tendenze in atto nel sistema giuridico e nella società, è l’affermazione che l’ordinanza si pone decisamente *«nella prospettiva dei diritti “ad ogni costo” sulla scia che il pensiero giuridico di fine secolo ha forte-*

mente sollecitato e forse eccessivamente amplificato», una prospettiva che, se assolutizzata, amputa una parte non secondaria del disegno costituzionale che pone, accanto ai diritti delle persone, i loro inderogabili doveri di solidarietà.

La conclusione del ragionamento è che nell'odierna società ogni ricostruzione giuridica non può prescindere dal porre l'accento sull'importanza e sulla rilevanza del fatto colto nella sua dimensione sociale prima ancora che giuridica, sicché anche con riguardo alla controversia che è all'attenzione del CGARS «*il sindacato sul fatto non può limitarsi alle sole vicende che riguardano l'appellante e la sua storia individuale*» perché «*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 intride"*».

La riflessione di Police ci induce a ragionare su quale sia il corretto metodo con cui analizzare i fenomeni giuridici, ivi comprese le tematiche processuali, proponendoci non soltanto una prospettiva interdisciplinare, quanto piuttosto l'assunzione di un nuovo paradigma in cui ad essere centrale è il fatto ricostruito nella sua dimensione sociale, e aggiungerei nella carica assiologica che esso esprime, che va ritradotto con le categorie e i concetti propri della scienza giuridica.

Stefano Scoca, infine, ha focalizzato l'attenzione su quegli aspetti processuali dell'ordinanza del CGARS che presentano forti accenti di novità. Ha rilevato in particolare come l'istruttoria disposta dai giudici ed affidata ad un organo collegiale non sia funzionale, perlomeno in prima battuta, a consentire l'accesso al fatto al fine di dirimere la questione di merito. L'adempimento istruttorio disposto dal giudice serve dichiaratamente per vagliare la questione di legittimità costituzionale ai fini della sua rimessione dinanzi alla Corte costituzionale. In ciò si annida un primo profilo di novità, atteso che tale *modus operandi* del giudice amministrativo si pone in contrasto con la logica comune che identifica una questione di legittimità, a maggiore ragione se costituzionale, in uno scrutinio che è di puro diritto.

Stante la strada intrapresa dal CGARS, il punto più rilevante sta nella possibile apertura dell'accesso diretto e pieno al fatto da parte del giudice amministrativo rispetto alle questioni di legittimità costituzionale, che vada anche al di là dell'intensità dello scrutinio che il giudice compie sul fatto ai fini della decisione di merito. Si tratta, come evidente, di una questione molto rilevante che costituirà certamente oggetto di riflessione da parte della dottrina.

7. Conclusioni

Nel seminario sono state trattate molte, se non tutte, le questioni rilevanti in tema di obbligo vaccinale con risultati di grande rilievo scientifico. Non intendo in conclusione esprimere il mio pensiero su ciascuna di tali questioni al di là di quanto fatto nelle considerazioni che precedono, quanto svolgere qualche sinte-

tica riflessione su quella che ho definito la questione “madre”, ossia se i vaccini siano, oltre che efficaci, anche sicuri a medio e lungo termine, questione dalla cui soluzione viene a dipendere in larga parte il giudizio, positivo o negativo, sulla legittimità costituzionale dell’obbligo vaccinale.

Ho in precedenza ricordato come sia emersa una posizione scettica espressa da Mangia ed un orientamento maggioritario di segno opposto. Personalmente ritengo assai valide le argomentazioni di Mangia e non superabili opponendo ad esse il fatto che è impossibile un giudizio scientifico sulla sicurezza, perché è mancato il tempo per raccogliere i dati empirici da cui far discendere il giudizio stesso, dal momento che il vaccino è stato autorizzato in via condizionata. Tale posizione, infatti, non può che condurre, per quanto paradossale possa apparire, ad assumere una posizione dubitativa sulla legittimità dell’obbligo vaccinale in sintonia con la tesi di Mangia.

Né migliore fortuna può avere il riferimento all’analisi costi/benefici, che pure è stata richiamata nel seminario, così da sostenere che il rischio dell’insicurezza del vaccino a medio e lungo termine sia ampiamente bilanciato dai benefici immediati della sua somministrazione. Non credo infatti, anche sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale, che un tale argomento possa ritenersi valido per la semplice ma decisiva ragione che non avere un giudizio scientifico attendibile sulla sicurezza impedisce in ogni caso di ritenere che siano integrati tutti i presupposti in presenza dei quali, secondo la Corte costituzionale, può essere disposto l’obbligo vaccinale.

A mio parere occorre dunque cambiare impostazione. E per farlo conviene muovere da una premessa ossia che un giudizio può essere attendibile dal punto di vista scientifico anche se non si dispongono di dati empirici. Il ragionamento logico induttivo consente proprio di pervenire, partendo da circostanze conosciute, che presentano tratti di somiglianza con ciò che è oggetto d’indagine, a formulare un giudizio su un fatto che al momento noto non è, un giudizio che, pur essendo sempre rivedibile in presenza di nuovi dati empirici, non per questo è privo di una sua attendibilità sul piano scientifico.

Quella appena indicata mi pare la strada più solida per potere sostenere la legittimità costituzionale dell’obbligo vaccinale perché delle due l’una: o abbiamo questo giudizio validato dalla comunità scientifica (se non tutta in una componente significativa) oppure le argomentazioni di Mangia sono insuperabili.

Non so se il giudizio sulla sicurezza del vaccino di cui sto parlando esista e sia stato formulato dalla comunità scientifica. Quello che è certo è che di esso, se formulato, coloro che non sono addetti ai lavori non ne hanno conoscenza. Ed allora è forse giunto il momento, nel caso in cui tale giudizio esista, informare correttamente la collettività dando conto dei presupposti da cui si è partiti e del metodo che si è utilizzati per arrivare a formularlo.

Di ciò non potrà che trarre giovamento l’intero Paese ed anche coloro che,

come i giudici del CGARS, devono decidere se rimettere o no alla Corte costituzionale la questione della legittimità dell'obbligo vaccinale.

A quanto detto non vale obiettare che la scienza è “incerta”, come pure si sente sempre più spesso dire, perché compito della scienza è sempre stato ed è quello di offrire certezze, altrimenti non sarebbe tale. Naturalmente si tratta di certezze sempre rivedibili e dunque per natura intrinseca provvisorie, ma ciò nulla toglie al valore di queste “certezze” relative. Né vale obiettare che su una medesima questione può esistere contrasto di posizioni tra gli scienziati perché il contrasto è fisiologico, senza che per questo si debba rinunciare ad individuare, utilizzando il metodo scientifico e i parametri appropriati, quale, tra le teorie che si contendono il campo, abbia una maggiore attendibilità.