

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Numero speciale 1/2022

## INDICE

### RELAZIONE INTRODUTTIVA

LOREDANA GIANI

*Eccezionalità e pandemia. Spunti per una riflessione sul possibile ruolo di un diritto del rischio*

7

### RELAZIONI

MARIO R. SPASIANO

*Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e altre questioni in tema di obbligo vaccinale*

15

GIUSEPPE 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*

25

ALESSANDRO MANGIA

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

37

## INTERVENTI E COMUNICAZIONI

GUIDO CORSO	<i>Un manifesto giudiziario no vax?</i>	49
ANTONIO RUGGERI	<i>Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione</i>	53
ROBERTA LOMBARDI, FABRIZIA SANTINI	<i>Green pass ed obbligo vaccinale, nel prisma delle scienze razionali</i>	71
MARCO CALABRÒ	<i>Obbligo vaccinale e (presunta) applicazione del principio di precauzione "in modo inverso"</i>	91
LAURA LORELLO	<i>Obbligo vaccinale e limiti: una recente decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana</i>	103
ARISTIDE POLICE	<i>Una "questione di massima di particolare importanza"</i>	117
ANTONELLA SCIORTINO	<i>Obbligo vaccinale e discrezionalità legislativa: a proposito delle ordinanze CGARS n. 38 e 351 del 2022</i>	123
ANNA SIMONATI	<i>Adempimenti comunicativi e legittimità dell'obbligo vaccinale: la (multiforme) influenza del principio di trasparenza amministrativa</i>	139
ANDREA CRISANTI	<i>Diritti fondamentali e pandemia</i>	147
MARCO MAZZAMUTO	<i>Il difetto di una visione d'insieme della vicenda pandemica</i>	151
IDA ANGELA NICOTRA	<i>Diritti fondamentali e pandemia</i>	153
LUCA RICOLFI	<i>Covid e tabù. L'informazione ai tempi della guerra contro il Covid</i>	163

GIUSEPPE VALDITARA	<i>Diritti e pandemia</i>	173
FILIPPO VARI	<i>La pandemia di COVID 19 come stress test per i diritti fondamentali: prime note</i>	175
MARCO ARMANNO	<i>L'istruttoria ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sull'obbligo vaccinale. Profili problematici e possibili sviluppi sistemici alla luce dell'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana</i>	183
GAETANO ARMAO	<i>Alle origini dell'obbligo legislativo vaccinale nell'ordinamento giuridico</i>	193
ELISA CAVASINO	<i>Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio a quo e giudizio di legittimità costituzionale: il caso dell'obbligo vaccinale nella decretazione d'urgenza per il contrasto della pandemia da Covid-19</i>	207
LUCIANA DE GRAZIA	<i>Obblighi vaccinali e limiti in prospettiva comparata. Riflessioni a margine di una recente decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana</i>	221
FELICE BLANDO	<i>Due anni di pandemia in Italia. Libertà e autorità</i>	235
JACOPO VAVALLI	<i>L'imposizione ex lege dell'obbligo vaccinale anti Covid-19, tra pubblici poteri, private libertà e sindacato giurisdizionale: la recente ordinanza del CGARS n. 351/2022 di rimessione alla Corte Costituzionale</i>	249
RELAZIONE CONCLUSIVA		
ALBERTO ZITO	<i>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. Relazione conclusiva</i>	269



*Relazione introduttiva*



Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022  
Eccezionalità e pandemia. Spunti per una riflessione  
sul possibile ruolo di un diritto del rischio

di Loredana Giani

1. Che l'emergenza pandemica fosse una sfida inimmaginabile per qualsiasi sistema istituzionale era circostanza a dir poco ovvia, già dal rapido succedersi degli eventi che precipitosamente hanno portato al primo *lockdown* durante il quale tutti, inebetiti e inermi, assistevano alle agghiaccianti immagini che venivano trasmesse, senza soluzione di continuità da tutte le testate. Altrettanto ovvio è il fatto che essa ha portato all'attenzione di tutti alcuni nodi critici del nostro sistema istituzionale rispetto ai quali la riflessione è dovuta, moralmente dovuta quanto meno per "rispetto" verso coloro che attraverso il loro sacrificio ci hanno traghettati in una situazione in cui, distratti da altri eventi, cominciamo a proiettarci in una situazione di post-pandemia.

È indubbio che l'emergenza pandemica abbia palesato da un lato l'interdipendenza della società moderna in ragione della sincronizzazione globale dell'esperienza di crisi, dall'altro ha messo a nudo alcune criticità strutturali del nostro sistema.

In queste mie brevissime riflessioni vorrei focalizzare l'attenzione su due nodi che, a mio sommo avviso, hanno un rilievo cruciale nella lettura e interpretazione – facile da una situazione *ex post* – delle soluzioni poste in essere e della loro graduale efficacia<sup>1</sup>.

2. Il primo è certamente rappresentato dalla considerazione del rapporto tra emergenza e rischio. Sebbene l'emergenza pandemica avesse il carattere della inimmaginabile eccezionalità e straordinarietà, anche se pochi giorni dopo il primo *shock* la memoria è subito andata alla "spagnola" – quindi eccezionale ma non impossibile –, non ci si può esimere dal domandarsi quale sia stata l'effettiva capacità di risposta del nostro sistema istituzionale. Sebbene sia facile celarsi proprio dietro il velo della eccezionalità dell'evento, già la sola considerazione della diversa capacità di risposta che le parti del territorio hanno manifestato impone che si rifletta su quello che è evidentemente il dato di base e cioè la capacità del sistema e in particolare del sistema amministrativo di trovare al proprio interno

---

<sup>1</sup> Quanto qui esposto richiama gli esiti di una ricerca che sono stati racchiusi nel volume *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, Napoli, 2018, e in particolare al contributo L. GIANI, Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze, 15 ss. al quale sia consentito rinviare.

gli strumenti attraverso i quali rispondere alle sollecitazioni imposte proprio dalla eccezionalità.

È indubbio che la situazione determinata dalla pandemia abbia reso necessaria l'adozione di misure rigorose per regolare l'interazione sociale al fine di garantire non solo la salute individuale ma anche quella collettiva, anche attraverso la garanzia di un bilanciamento di una serie complessa di elementi, valutazioni, strumenti, sì da assicurare la stessa tenuta del sistema sanitario, evitando il ripetersi di quelle scene agghiaccianti cui tutti noi abbiamo assistito inermi e anche considerando le conseguenze, anche economiche di breve medio e lungo periodo, e le conseguenze su quella che potremmo definire l'altra sanità. Ma è altresì vero che non solo il sistema non era pronto, ma non aveva in sé gli strumenti per poter costruire una possibile reazione se non ricorrendo alla straordinarietà amministrativa.

Non è certamente questa la sede per richiamare il dibattito, pur assai nutrito, sulla assenza nel nostro sistema dello stato di eccezione, in maniera meno ambiziosa vorrei soltanto richiamare l'attenzione su un dato che è emerso, soprattutto nel raffronto tra le diverse esperienze territoriali: e cioè la loro diversa capacità di rispondere, in maniera più o meno efficace, alle sollecitazioni imposte dal verificarsi dell'evento eccezionale. E così in alcuni casi abbiamo assistito a una risposta dominata dalla straordinarietà, rispetto alla quale, l'evento eccezionale, figlio della complessità, 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, risultando, le soluzioni adottate in deroga a qualsiasi norma anche procedurale (penso solo alle procedure di gara) proiezione della straordinarietà della fattispecie insolita. Penso alla prima reazione dell'allestimento delle terapie intensive in Fiera a Milano, o ancora all'allestimento dei poli vaccinali, che sono poi stati rimossi, per poi essere ripristinati quando si è verificata la necessità di una seconda, e poi di una terza dose vaccinale. In altri casi, invece, 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. Il riferimento è evidentemente alla prima reazione predisposta in Veneto dove la prima emergenza è stata affrontata attraverso un potenziamento della medicina di territorio. Ma gli esempi ben potrebbero proseguire richiamando, ad esempio, le misure adottate per il ritorno in classe per le quali tra banchi con e senza rotelle per la garanzia del distanziamento si sono perse di vista altre vie, quali l'installazione di impianti di purificazione dell'aria che, invece, sono stati adottati da alcune realtà, tra l'altro seguendo le "normali" procedure di gara.

Reazioni diverse che affondano le proprie radici in contesti diversi, in sistemi normativi regionali diversi, in scelte politiche diverse che si sono rivelate più o meno resilienti, per utilizzare un termine ormai abusato, più o meno idonee a

generare meccanismi procedurali flessibili che, garantendo un costante dialogo tra scienza e diritto, hanno consentito un tempestivo adeguamento alle esigenze contingenti, con un conseguente maggiore (o minore) adeguamento alla consistenza del dato reale.

3. Il secondo elemento è rappresentato dalla conflittualità, che in alcuni momenti pare insanabile – si pensi proprio alla tematica dei vaccini – tra tecnica e diritto.

Si tratta di una questione assai delicata che intercetta da un lato il rapporto dialettico – a tratti conflittuale – tra solidarietà e interazione, che in alcuni casi sembra voler rideclinare lo stesso concetto di solidarietà legata all'interesse collettivo, cogliendo nella frammentazione il passaggio (necessario) per garantire la coesione in generale; dall'altro la valutazione della stessa funzione sociale della scienza, messa spesso in discussione attraverso un meccanismo originante forse in una deriva cognitiva alimentata dall'incertezza, e che ha addirittura portato quasi a un'inversione di quella rotta che ha caratterizzato la cultura politica del XIX secolo che, come sappiamo, aveva proposto la tecnica, espressione di un sapere specializzato, come limite all'arbitrio della politica. E così la stessa tecnica è stata coinvolta dalle ondate di insicurezza e la libertà e la sicurezza sono entrata in contrapposizione, l'autodeterminazione entrata in conflitto con quel *«dovere da parte del cittadino di collaborare con la collettività, nel senso di promuovere per se stesso tutti quei mezzi, tutte quelle iniziative che tendono a tutelare la sua stessa salute»*, cui ci esortavano i Padri costituenti nelle sedute del 22 e 24 aprile del 1947, tanto da mettere in dubbio la stessa proporzionalità delle disposizioni adottate, sia con riferimento ai profili relativi al distanziamento e alle chiusure e contingentamenti degli spazi, sia avuto riguardo alla stessa vaccinazione.

E così nella definizione dei confini tra tecnica e diritto, l'incertezza, connaturata alla scienza, è stata messa di fronte a una (ritenuta) imprescindibile completezza dei dati, certezza delle valutazioni, dimenticando quelle che sono le logiche proprie di queste dinamiche che impongono una contestualizzazione degli stessi principi generali di precauzione, prevenzione e sostenibilità attraverso il ricorso al principio di responsabilità, rispetto al quale deve ritenersi superata la ritenuta irrilevanza etica del rapporto dell'uomo con il mondo extraumano, fondata sulla non necessarietà, in favore di una impostazione che non può prescindere dalla valutazione delle conseguenze delle azioni umane, con il conseguente mutamento dell'imperativo categorico, nel senso di non poter rischiare il non essere delle generazioni future, garantendo la sostenibilità, anche per le generazioni presenti, delle scelte.

In questa prospettiva, l'attenzione si sposta sulla considerazione degli effetti dell'atto, calcolati sulla base del quadro delle conoscenze disponibili, così che la

responsabilità risulti proporzionata al proprio sapere, rapportata a quei valori che devono (o dovrebbero, in una prospettiva di responsabilità) costituire il fondamento dell'azione dell'individuo, in una dimensione in cui la stessa responsabilità del decisore, del soggetto agente, non si limita alla mera responsabilità per la sua azione, come espressione di un dover fare, ma abbraccia in un'ottica decisamente più ampia, anche il dover essere, coniugando, per tale via, le due prospettive del "potere" e del "dovere" verso gli altri.

In questo quadro di contesto, l'attenzione del soggetto pubblico nella predisposizione delle sue azioni, non può riguardare solo gli eventi probabili, per i quali la normalizzazione si presenta come un processo di facile realizzazione, ma deve, nella prospettiva di garanzia di una organizzazione e di una scelta appropriate, contemplare anche le fattispecie insolite. Con evidente spostamento dell'attenzione sul profilo della prevenzione, intesa, per dirla con Luhmann<sup>2</sup>, come *«preparazione a dei futuri incerti, mirata alla riduzione tanto della probabilità che si verifichi un danno, quanto del suo ammontare»*, e soprattutto mirata alla garanzia di una dotazione del sistema di quelle competenze e capacità reattive che gli consentono di far fronte al verificarsi della fattispecie insolita.

In questo senso risulta evidente come il giuridico, in quanto connesso alla scienza e alla tecnica, in virtù della propria necessità, costituisce lo *Übergang*, il passaggio dalla identità individuale a quella collettiva.

4. Si intercetta, così, il vero nucleo problematico del rapporto tecnica/diritto, rappresentato dalla "certezza". E così, e l'esperienza del dibattito sulla "utilità"/"opportunità"/"necessarietà" dei vaccini ce lo dimostra, si intercetta un duplice profilo problematico riconducibile, da un lato, alla definizione dell'ambito di applicazione, per verificare se la dinamica prima richiamata si estenda ai soli rischi oggettivi, e cioè se essa sia riferita alla sola "prevenzione", o se, al contrario, essa si estenda anche alla "precauzione" e, dunque, alla considerazione anche di rischi ipotetici, fondati su soli indizi; dall'altro alla comprensione del limite entro il quale la considerazione del rischio e del pericolo, in una prospettiva tesa a garantire la responsabilità del decisore, anche nei confronti delle generazioni future, entri nel processo decisionale, e soprattutto a quale livello, verificando come, e in che termini, essa permei le singole decisioni individuali, fino a risalire allo stesso livello normativo.

E così lo stesso ricorso alla tecnica, non può ridurre la complessità il cui imperativo, ci ricordava Morin, *«consiste anche nel pensare in forma organizzativa, consiste nel capire come l'organizzazione non solo si risolva in pochi principi d'ordine, in poche leggi e come essa abbia invece bisogno di un pensiero complesso estremamente elaborato. Un*

<sup>2</sup> N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.

*pensiero organizzazionale che non comprende la relazione auto-eco-organizzatrice – cioè la relazione profonda e intima tra sistema e ambiente- che non comprenda la relazione ologrammatica tra le parti e il tutto, che non comprenda il principio di ricorsività [...] ebbene, un pensiero di tal genere è condannato ai luoghi comuni, alle banalità, e quindi all'errore»<sup>3</sup>. E esso, il ricorso alla tecnica, non azzera i rischi, risente dei rischi connessi alla tecnica, alla sua mutabilità, ma valorizza una dimensione complessa nella cui valutazione entrano elementi quali l'impatto delle decisioni, la loro appropriatezza.*

In questo contesto, la considerazione del pericolo e del rischio, come risultante di una lettura del rapporto tra tecnica e diritto, non può essere letta con valenza condizionante facendo ricorso al solo principio probabilistico e su elementi che, come abbiamo potuto verificare in concreto, non offrono una *performance* ottimale al verificarsi di fattispecie insolite, elementi quali la (sopravvalutazione) della capacità di tenere sotto controllo situazioni precarie, controllare una tendenza a causare danni. E non è un caso che lo stesso Luhmann avvertiva che fosse indispensabile, o quanto meno opportuno, stabilire dei valori soglia che consentano di far fronte ai pericoli e ai rischi attraverso l'adozione di una rigorosa azione preventiva che, nel caso del rischio, può arrivare al limite estremo della non azione, o della azione obbligata per tutti, nel caso del pericolo può, invece, delineare misure di intervento programmate. Non si possono, dunque, ignorare, e qui viene in gioco la solidarietà richiamata in apertura, gli stessi effetti sistemici delle decisioni, quel *system neglect* di cui parlava Sunstein, nella consapevolezza che la valutazione parziale dei rischi ha influenze distorsive della stessa efficacia delle decisioni.

In questa prospettiva di diritto del rischio, la sua (del rischio) prevenzione va oltre l'adozione delle misure precauzionali strettamente intese, giungendo fino al punto di prevedere possibili linee di intervento nel quadro delle decisioni ordinarie, intendendo per tali decisioni dai contenuti eccezionali, assunte per far fronte agli effetti (o per contenere gli effetti) correlati al verificarsi di una fattispecie insolita, assunte però con limitate eccezioni alle regole procedurali ordinarie.

5. In questo modo la fisiologica convivenza tra diritto e rischio consentirebbe una “normalizzazione” delle fattispecie insolite, che non ne fa sottovalutare né la eccezionalità, né la urgenza, ma che mette 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.

E in questo senso, dunque, la stessa proporzionalità delle misure adottate non può essere bilanciata solo con il paradigma precauzionale, che di fatto argina la prepotenza dell'incertezza scientifica, ma con quella serie di elementi di siste-

---

<sup>3</sup> E. MORIN, *Le vie della Complessità*, in Aa. Vv., *La sfida della complessità*, Milano, 1985, 49 ss., 59.

ma, quali i rischi per la salute individuale, per la salute collettiva, la possibilità e pericolosità di ulteriori varianti, i costi, non solo in termini di vite umane, ma anche i costi che ricadono sulle strutture nel medio e lungo periodo, anche con riferimento alla gestione delle altre patologie, di cui non si parla, ma non perché miracolosamente scomparse, ma semplicemente perché la capacità assistenziale sanitaria è stata deviata altrove.

Dunque, una proporzionalità, appropriatezza della decisione che, come sottolineato anche nelle sedi comunitarie, non può non considerare anche l'impatto sul bilancio collettivo come espressione di quella responsabilità sociale evitando, così, che l'incertezza ipotechi lo sviluppo e pregiudichi le generazioni future.

In questo contesto, dunque, in cui l'incertezza è in sé ineliminabile, la appropriatezza della decisione non può che essere garantita procedendo per gradi, avendo coscienza dei rischi, procedere attraverso un metodo scientifico che offre una razionalizzazione dei rischi che, sia chiaro, non possono essere letti con una valutazione *ex post*, ma vanno esaminati con riferimento alla situazione concretamente esistente al momento in cui la decisione è stata assunta. In questo senso, dunque, la stessa determinante del contesto non può non incidere non solo sulla proporzionalità, ma sulla stessa appropriatezza (valutata secondo un prisma in cui si considerano gli elementi organizzativi, i dati relativi alle risorse disponibili, i dati relativi all'impatto anche sociale della stessa decisione) della decisione, e quindi non può prescindere dalla determinante del fatto nella valutazione degli interessi e dunque nella composizione della decisione stessa.

E così, nella composizione dei filtri per la lettura della incertezza non può mancare una particolare attenzione a tutti quegli strumenti che consentano una comprensione del fatto, evitando strumentali manipolazioni informative portate avanti sotto la "bandiera" della (inarrivabile) certezza richiesta a una scienza incerta o letture, forzate, penso alla lettura che alcuni giornali hanno dato della decisione del TAR Friuli Venezia Giulia<sup>4</sup> che, come emerge inconfutabilmente dal testo, imputa la mancata conferma in sede cautelare del decreto monocratico non a un "errore della scienza", non all'incertezza scientifica, ma più semplicemente alla valutazione degli effetti irreversibili ormai prodotti della decisione monocratica, e degli effetti conformativi della decisione. Una lettura, quella offerta da alcuni, che farebbe ingiallire di colpo le pagine di Mario Nigro dove commentava il divieto per ragioni sanitarie del raduno degli alpini.

---

<sup>4</sup> TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 12 febbraio 2022, ord. n. 14.

*Relazioni*



Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022  
Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e  
altre questioni in tema di obbligo vaccinale

di Mario R. Spasiano

SOMMARIO: 1. Il rapporto scienza-amministrazione nel sindacato del giudice amministrativo. – 2. L'ordinanza istruttoria Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia 17/1/2022, n. 38. – 3. Alcune questioni a margine, ma non troppo.

1. *Il rapporto scienza-amministrazione nel sindacato del giudice amministrativo.*

Il periodo della pandemia sta mettendo a dura prova talune categorie concettuali che ormai da tempo hanno assunto, anche nel contesto giuridico, rilevanza primaria. In modo particolare mi riferisco al rapporto tra scienza e tecnica, da un lato, e l'esercizio dell'azione amministrativa, dall'altro, ambito che costantemente vede crescere la produzione di atti pubblici supportati da contenuti provenienti da saperi metagiuridici, in grado per lo più, per il carattere dirimente della loro efficacia, di degradare il provvedimento e gli spazi di discrezionalità ad esso correlati, a strumenti di mera trasposizione giuridica di risultanze tecnico-scientifiche vincolanti l'intero esercizio della filiera amministrativa.

Invero ci vollero molti anni perché la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza c.d. Baccarini n. 601/1999), dopo le forti sollecitazioni della dottrina in anni risalenti (mi riferisco in particolare agli studi di Franco Ledda<sup>1</sup>), approdasse al convincimento che la discrezionalità tecnica “è altra cosa dal merito amministrativo”, concretandosi in un giudizio con risultati che magari esulano dalla certezza, semmai sono anche opinabili ma, in ogni caso, non rientrano nella sfera dell'opportunità, aprendo così all'ammissione di nuovi spazi di sindacato per il giudice amministrativo.

I provvedimenti amministrativi a fondamento tecnico-scientifico si presentano peraltro quale frutto di un giudizio applicativo di un metodo a carattere scientifico o para-scientifico, attenendo, per dirla con la felice espressione di Federico Cammeo, “più alla ragione che ad un potere”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 380 ss.

<sup>2</sup> F. CAMMEO, *Corso di Diritto amministrativo*, Padova 1960, 410. Appare interessante ricordare che secondo Cammeo, vi è discrezionalità tecnica qualora l'attività amministrativa sia regolata da *norme imprecise*, che disciplinano fatti “*complessi*”, suscettibili di una valutazione opinabile, il cui accertamento comporta un margine di soggettività. Sebbene l'accertamento a farsi presenti carattere soggettivo, esso ha per oggetto pur sempre un fatto, per cui la P.A. compie un'attività di applicazione della norma stessa, che da norma imprecisa nella sua applicazione diviene puntuale mediante

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 601 del 1999, come noto, dette ingresso, secondo una parte della dottrina<sup>3</sup>, ad una nuova figura di eccesso di potere, quella della "inattendibilità" dell'accertamento tecnico, affine all' "errore manifesto di apprezzamento delle valutazioni tecniche della p.a.", già collaudata dalla giurisprudenza francese. Ciò, se determinò, da un lato, preoccupazioni in termini di eccessiva espansione del sindacato del giudice amministrativo, dall'altro legittimò prospettazioni di più ampi spazi di sindacato del giudice amministrativo individuati alla luce del principio costituzionale della piena tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione, nonché al codice del processo amministrativo. Tuttavia, l'espansione pervasiva delle scienze e della tecnica ha continuato nel tempo a produrre un aumento esponenziale dell'ambito della c.d. discrezionalità tecnica e la stessa incertezza che non di rado connota le soluzioni scientifiche poste a suo fondamento finisce col profilare valutazioni alternative di rischio facendo sì che la contaminazione tra diritto e tecnica comporti una parallela contaminazione tra la sfera dell'opportunità e sfera dell'opinabilità in una matassa talora inestricabile.

È per queste ragioni che l'espansione di contenuti a spiccata valenza tecnica in settori in cui è fortemente avvertita l'esigenza di precauzione, comporta che il sindacato giurisdizionale sia obbligato a muoversi sulle incerte ma prudenti orme di principi o criteri quali l'attendibilità, la ragionevolezza, la proporzionalità, la logicità, mediante l'uso di percorsi argomentativi delicati, protesi alla ricerca del maggior grado possibile di certezza<sup>4</sup>, evitando comunque che il giudizio del giudice non si sostituisca a quello dell'amministrazione.

Di certo non è facile, per il giudice, destreggiarsi fra gli ambiti della ricerca del senso compiuto di scelte a contenuto scientifico o tecnico e la tentazione dell'affermazione del proprio soggettivo convincimento. E tale propensione, d'altronde, riceve peraltro ulteriore stimolo dall'attitudine all'uso di quei (pressoché inediti) poteri di indagine istruttoria che inducono sempre più di frequente il giudice ad uno sforzo di penetrazione di quella realtà nelle cui pieghe scienza, tecnica e funzione amministrativa si fondono in un *unicum* ove è davvero difficile distinguere profili di opportunità o credibilità dell'azione amministrativa da quelli di legittimità<sup>5</sup>.

Il giudice amministrativo è di certo, oggi, il *dominus* del fatto e anche della

---

l'utilizzo dei criteri tecnici cui fa rinvio. Al riguardo l'A. osserva: "Siamo in un campo alquanto diverso da quello della discrezionalità pura, perché qui la norma regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura manca. Siamo anche però in un campo diverso da quello dell'attività vincolata, perché nell'attività vincolata la norma è precisa, c'è un criterio immutabile di riferimento, l'accertamento dei fatti, mentre, nel caso qui ricordato la norma è imprecisa e i fatti vanno apprezzati con particolari criteri."

<sup>3</sup> A. TRAVI, Nota a Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro italiano*, 2001, II, 10.

<sup>4</sup> F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)* in *Enc. del diritto*, XIII, Milano, 471 ss.

<sup>5</sup> G. DE GIORGI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli 2003; G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 2002, 127.

sua qualificazione. In esso, egli è impegnato a cercare le risposte ai suoi dubbi. E superata la tradizionale antinomia sindacato forte/sindacato debole sulla discrezionalità tecnica, quel giudice è chiamato a muoversi nella prospettiva dell'esercizio di un controllo atto ad assicurare la legalità sostanziale dell'agire pubblico in termini di sua intrinseca coerenza anche e soprattutto in materie connotate da levato tecnicismo<sup>6</sup>. Coerenza, tuttavia, del ragionamento amministrativo, che non può tradursi in un'idea di coincidenza necessaria della legittimità dell'azione con quella che il giudice abbia nella propria mente.

In altri termini, il sindacato giurisdizionale non deve scivolare nell'esercizio di forme di controllo sostitutivo: la connessione tra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito è indice, comunque, dell'esistenza di un potere di valutazione riservato<sup>7</sup>. Il controllo giudiziario deve restare circoscritto, orientato a verificare le scelte amministrative sotto i profili della correttezza, della ragionevolezza e dell'attendibilità, anche quando la soluzione alla quale sia pervenuta la pubblica amministrazione non coincida con quella che l'organo giudicante avrebbe privilegiato in quanto ritenuta maggiormente efficace<sup>8</sup> o tantomeno più giusta, a meno che l'esercizio del sindacato non individui profili di manifesta illogicità o incoerenza.

## 2. *L'ordinanza istruttoria Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia 17/1/2022, n. 38.*

L'atroce fenomeno pandemico di cui siamo stati e siamo ancora partecipi ha scaricato sulla collettività informazioni a carattere scientifico, provenienti da un infinito numero di fonti, più o meno attendibili, amplificate dal potente impatto mass-mediologico, non sempre privo di contaminazioni ideologiche o mosso da interessi di parte. Tutto ciò ha gettato la collettività o gran parte di essa in una condizione di profondo sconcerto e paura, in balia di messaggi contraddittori provenienti proprio anche dalle sedi istituzionali competenti. L'impatto devastante della pandemia ha indotto gli organismi tecnici istituzionali (Comitato Tecnico Scientifico presso il Ministero della Salute, Istituto Superiore della Sanità, Agenzia Italiana del Farmaco, European Medicines Agency) a rispondere

---

<sup>6</sup> Su questi punti si rinvia alle importanti sentenze del Cons. Stato, Sez. III, 25/3/2013, n. 1645 e Sez. VI, 13/9/2012, n. 4872.

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. V, 8/1/2019, n. 173: "*Le censure che attengono al merito della valutazione (opinabile) sono inammissibili perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica*".

<sup>8</sup> Sul punto si rinvia alla sentenza del TAR Sardegna, Sez. I, 19/8/2021, n. 604. Per sconfermare la scelta tecnico-amministrativa compiuta, il giudice deve dimostrarne la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità: sul punto, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 18/11/2021, n. 7715 e TAR Campania, Sez. I, 10/2/22, n. 901. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 9/6/2020, 3694

in fretta a domande alle quali a volte risposta non c'era. Forse il timore delle conseguenze di un loro silenzio ha indotto talvolta a fornire comunque risposte, determinando conseguenze anche gravi in termini di ulteriore sconcerto.

Solo con il tempo abbiamo imparato, non senza una buona dose di umiltà, che una pandemia va compresa prima di poter essere combattuta in termini chiari e univoci.

Non intendo trattenermi su questi aspetti, non avendone di certo la competenza necessaria.

Vengo dunque alla ordinanza istruttoria del CGA per la Regione Sicilia 17/1/2022, n. 38, onde verificare se le argomentazioni espresse in tema di esercizio del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica risultino attese dal provvedimento giudiziario in questione.

Quest'ultimo – come noto – ha subordinato alle risultanze di un'istruttoria estremamente ampia e articolata, la decisione relativa alla sussistenza della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla parte appellante circa l'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19.

Non starò qui a ripercorrere i profili di censura emergenti dal ricorso dal cui esame il CGA ha ritenuto di rinvenire la sussistenza di differenziazioni nette rispetto a quelle oggetto della precedente, ma comunque recente sentenza n. 7045 del 20/10/2021 della Terza Sezione del Consiglio di Stato (le cui argomentazioni, peraltro, sono state in estrema sintesi ribadite dall'ordinanza cautelare di rigetto emessa dalla medesima Terza Sezione del Consiglio di Stato 4/2/2022 n. 583).

Invero, la sentenza n. 7045 del 2021, ribadita la legittimità dell'obbligo vaccinale nell'ordinamento anche alla luce delle statuizioni della Corte Costituzionale<sup>9</sup>, si è soffermata sull'efficacia e sulla sicurezza dei vaccini e delle relative procedure di commercializzazione, precisando che la adottata procedura “ di autorizzazione condizionata” non costituisce affatto “*una scorciatoia incerta e pericolosa, escogitata ad hoc per fronteggiare un'emergenza sanitaria come quella attuale, ma una procedura di carattere generale, idonea ad essere applicata ... anche al di fuori della situazione pandemica*”.

Particolare interesse, nella medesima statuizione della Terza Sezione, riveste

---

<sup>9</sup> Sul tema, ampi i riferimenti bibliografici, tra i quali: R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19, come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione giustizia*, 6/9/2021; A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 15/9/2021; M. LUCIANI (intervista a), *La carta consente l'obbligo, ma occorre una legge per imporlo*, in *La Repubblica* 5/1/2022; G. GUZZETTA (intervista a), *Sì, l'obbligo vaccinale è consentito dalla Carta, ma questo labirinto ci porta solo al caos*, in *Il punto.News*, 19/2/2022; A. CARLI, *Dalla Consulta al Consiglio di Stato, come il Governo “blinda” l'obbligo vaccinale*, in *Il Sole 24-Ore* del 27/11/2021; P. GENTILUCCI, *Ipotesi di obbligo vaccinale durante la pandemia da Covid-19 e profili di legittimità costituzionale*, in *Diritto.it*, 2021; A. PATANÈ, *La costituzionalità dell'obbligo vaccinale all'interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell'attività lavorativa*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2-2021; A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, n. 3/2021.

*L'analisi del rapporto tra diritto e scienza: ivi si precisa che “la riserva di scienza, alla quale il decisore pubblico sia a livello normativo che amministrativo deve fare necessario riferimento nell'adottare le misure sanitarie atte a fronteggiare l'emergenza epidemiologica, lascia, per l'inevitabile margine di incertezza che contraddistingue anche il sapere scientifico nella costruzione di verità acquisibili solo nel tempo, a costo di severi studi e di rigorose sperimentazioni e sottoposte al criterio di verifica-falsificazione, un innegabile spazio di discrezionalità nel bilanciamento tra i valori in gioco, la libera autodeterminazione del singolo, da un lato, e la necessità di preservare la salute pubblica e con essa la salute dei soggetti più vulnerabili, dall'altro; una discrezionalità che deve essere senza dubbio usata in modo ragionevole e proporzionato e, in quanto tale, soggetta nel nostro ordinamento a livello normativo al sindacato di legittimità del giudice delle leggi e a livello amministrativo a quello del giudice amministrativo”.*

Dal carattere condizionato dell'autorizzazione dei vaccini e dall'esigenza di prosecuzione degli approfondimenti o di conduzione di nuovi studi al fine di rinvenire ulteriore conferma dei risultati conseguiti, il CGA, nella ordinanza in discussione, trae motivo per far propri i dubbi sollevati dall'appellante riguardanti l'attendibilità e la sufficienza degli studi sin qui condotti a supporto del vaccino, nonché del monitoraggio condotto sulla sua somministrazione. Inoltre, la presenza di varianti dell'originale virus induce poi l'organo di giustizia siciliano a dubitare dell'efficacia del rimedio vaccinale, associato alla sua reiterazione in tempi brevi sulla cui opportunità non si ravvisa una unanime posizione scientifica, ponendosi così un ulteriore problema di proporzionalità.

Orbene, è noto che i parametri fissati dalla Corte Costituzionale in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria in ambito vaccinale sono: 1) “non nocività dell'inoculazione per il singolo paziente”; 2) beneficio per la salute pubblica; 3) garanzia di una comunicazione informata circa i rischi e le precauzioni da adottarsi; 4) esercizio della discrezionalità legislativa entro il parametro delle acquisizioni mediche e scientifiche, finalizzato anche a disciplinare gli accertamenti preventivi tesi a evitare eventuali complicanze.

Proprio su tali parametri, il CGA, disconoscendo evidentemente, da parte degli organi di governo sanitario, l'uso di una discrezionalità ragionevole e proporzionata, dispone di dar vita ad un'indagine istruttoria molto puntuale che investe molteplici e particolareggiati profili attinenti alle concrete modalità di svolgimento del rapporto medico-paziente, nonché all'azione di farmaco-vigilanza.

Nella prospettiva, in estrema sintesi, l'istruttoria chiede di chiarire: 1) se ai medici di base siano state fornite direttive, prescrivendo di contattare i propri assistiti ai quali, eventualmente, suggerire test pre-vaccinali; 2) le modalità con le quali il medico di base sia reso edotto dell'avvenuta vaccinazione al suo assistito; 3) la documentazione offerta al vaccinando al momento della somministrazione del farmaco; 4) la portata del perdurante obbligo di sottoscrizione del consenso

informato anche in situazione di obbligo vaccinale; 5) quali siano i dati attualmente raccolti in ordine alla efficacia dei vaccini, con specifico riferimento anche al numero dei vaccinati contagiati dal virus; 6) i dati sul numero di ricovero e decessi dei vaccinati contagiati, in comparazione con quelli dei non vaccinati; 7) se sia demandato ai medici di base comunicare tutti gli eventi avversi e le patologie dai quali risultino colpiti i soggetti vaccinati ed entro quale *range* temporale di osservazione; 8) di comunicare solo eventi avversi espressamente elencati in direttive eventualmente trasmesse ai sanitari; 9) se sia a discrezione dei medici di base comunicare eventi avversi che, a loro giudizio, possano essere ricollegabili alla vaccinazione; 10) con quali modalità i medici di base accedano alla piattaforma per dette segnalazioni, chi prenda in carico le stesse, da chi vengano elaborate e studiate.

L'esame di tali richieste istruttorie induce invero a ritenere che le stesse si pongano, da un lato, al di là dei poteri di sindacato propri del giudice amministrativo, dall'altro, riguardano informazioni la cui raccolta è già disciplinata da specifiche disposizioni dell'ordinamento, peraltro facilmente reperibili anche sui siti web<sup>10</sup>.

Una premessa: disconoscendo di fatto l'uso da parte del legislatore (e quindi dell'amministrazione in sede applicativa dei disposti normativi) di una discrezionalità ragionevole e proporzionata, l'ordinanza non ne indica le ragioni dirette e, soprattutto, omette di motivare in ordine al conseguimento di oggettivi risultati di contenimento della diffusione del virus e dei suoi effetti letali (raffrontati a quelli di altri Paesi), elementi che oggettivamente, seppure non fossero condivisi dal diverso orientamento del giudice, paiono in ogni caso dare ampiamente conto della ragionevolezza dei disposti normativi a monte e, in generale, della efficacia delle scelte di politica e azione sanitaria prescelte: condizione che di per sé induce a ritenere insussistente la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale se non sostituendo l'opinione dell'organo giurisdizionale con quello del legislatore e quindi dell'amministrazione, paventando un'ipotesi di straripamento di potere.

Tanto premesso, si rileva:

a) In ordine al rapporto medico-paziente, occorre innanzitutto considerare che, come ribadito da costante giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenze n. 282 del 2002; n. 338 del 2003; n. 151 del 2009; n. 274 del 2014; n. 169 del 2017; n. 5 del 2018), il legislatore non può spingersi a definire le pratiche terapeutiche ammesse, tantomeno indicandone relativi limiti e condizioni. È il medico, in scienza e coscienza, autonomia e responsabilità, a dover operare, con

<sup>10</sup> Interessanti i contributi di B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?*, in CERIDAP, 8/2/2022; I. Nicotra, *Diritto alla salute, obbligo vaccinale e diritto al lavoro. Alla ricerca di un delicato bilanciamento nel tempo dell'emergenza permanente*, in LavoroDirittiEuropa, 28/12/2021.

il consenso del paziente, le necessarie scelte terapeutiche. Spetta sempre al medico stabilire le più appropriate modalità con le quali ritiene di dover procedere in ordine alla sottoposizione di un paziente ad un determinato trattamento.

Ne deriva che la richiesta istruttoria del CGA circa l'esistenza di direttive ai medici di base al riguardo appare inappropriata.

b) Il CGA non dispone alcuna specifica istruttoria in ordine alla validità e al grado di affidabilità delle procedure di sperimentazione, nonché di commercializzazione dei vaccini, procedure sulle quali, con dovizia di approfondimento si trattiene la richiamata sentenza n. 7045 del 2021 del CdS. Eppure quelle informazioni costituiscono l'immediato parametro di riferimento relativo alle somministrazioni vaccinali e, soprattutto, l'eventuale punto nodale di indagine del giudice amministrativo nell'esercizio dei suoi poteri istruttori in ordine ad un'attività intimamente fondata su elementi a carattere scientifico, onde verificarne la rispondenza a parametri di correttezza e di verificabile attendibilità.

c) Per quanto concerne le istanze istruttorie relative al consenso informato, appare opportuno considerare che la Corte Costituzionale (sent. 438/2008) ha avuto modo di chiarire che esso rinviene fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost., con funzione di sintesi di due diritti fondamentali, quello della autodeterminazione e quello alla salute: il diritto alla salute si completa con il diritto a ricevere le opportune informazioni sulle scelte terapeutiche e le sue eventuali alternative, onde garantire la piena libertà e consapevolezza della scelta del paziente.

La l. n. 219 del 2017, disciplinante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* all'art. 1 dispone testualmente che *“la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”*.

In altri termini il consenso informato è innanzitutto un obbligo al quale nessun medico può sottrarsi. Laddove poi sussista un obbligo vaccinale (o anche una semplice raccomandazione), il consenso (termine evidentemente adoperato, nel caso di obbligo vaccinale, in senso improprio, ma non inutile) mantiene la propria rilevanza dal momento che la sua finalità permane è volta a chiarire anche al paziente che si sottopone obbligatoriamente all'obbligo vaccinale, il quadro di riferimento che presiede alla somministrazione del farmaco. Qui si esaurisce il profilo soggettivo della problematica consensuale. La eventuale persistente volontà di sottrarsi all'obbligo implica poi conseguenze che si traspongono invece sul piano della tutela oggettiva della salute pubblica, un problema di natura collettiva, dal momento che le conseguenze previste – come noto – si applicano solo in caso di violazione degli obblighi di divieto di frequentazione di taluni contesti, compreso quello lavorativo, lungi naturalmente dal porsi quale possibile oggetto di assolvimento in forma di costrizione coercitiva.

d) Per quanto concerne invece gli aspetti di monitoraggio e di farmaco-vi-

gilanza, atti a prevenire effetti avversi di trattamenti correlati all'uso di farmaci, appare condizione ben conosciuta tra gli addetti ai lavori che essi risultano regolati dal d. lgs. n. 42/2014, dal d. lgs. n. 274/2007 e dal d. lgs. n. 219/2006 (tutti attuativi di direttive europee sul tema).

È peraltro ampiamente noto che in relazione ai vaccini per il Covid-19, sono costantemente realizzati da parte degli organismi istituzionalmente preposti ma anche di centri studi, università e centri di ricerca, specifici studi e monitoraggi circa l'effetto sull'andamento epidemiologico, i cui dati sono periodicamente aggiornati. In particolare, i rapporti dell'AIFA, con cadenza trimestrale, e l'attività posta in essere dal Ministero della Salute in applicazione della disciplina di cui al decreto del Ministero della Salute 30/4/2020 paiono soddisfare le esigenze istruttorie di cui all'ordinanza del CGA, tanto più per la facile e immediata accessibilità via web alle stesse.

Il Piano vaccinazioni contro il Covid-19 (anch'esso periodicamente aggiornato), poi, completa il quadro: adottato dal Ministero della Salute con D.M. 1273/2021 dispone anche in ordine alle procedure di vaccino-vigilanza e agli obiettivi di comunicazione.

Le esigenze istruttorie indicate dal CGA ai fini dell'esercizio del sindacato giurisdizionale in ordine a provvedimenti inerenti all'obbligo di vaccinazione non paiono rispondere dunque a quelle esigenze di verifica di correttezza e attendibilità alle quali il sistema giurisdizionale amministrativo correla, legittimandolo, l'uso del sindacato nei confronti dell'attività tecnico-discrezionale.

Sebbene dal provvedimento giudiziario traspaia un autentico spirito garantistico, la strada intrapresa non convince.

È indubbio che il sistema messo in piedi dall'organizzazione sanitaria nazionale in tempi di pandemia e le norme che ad esso hanno dato vita possano 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, pur rilevanti, innanzitutto pertengono al merito dell'azione amministrativa, sono frutto di scelte possibili (magari non condivise) costituenti una delle possibili modalità di scelta alla quali l'amministrazione si è affidata; inoltre, essi sono il frutto di una lotta ad un fenomeno pandemico di proporzioni immani a fronte della quale l'evidenziazione di specifici e di certo non decisivi elementi di contraddizione o di inefficacia, non hanno e non possono avere ragionevolmente considerazione.

Sotto altro profilo, viene anche da rilevare che l'ordinanza istruttoria in questione si incentra sulle regole di controllo e di monitoraggio, da un lato, e sul rapporto tra medico e paziente, dall'altro: orbene, entrambi i profili non costituiscono oggetto diretto di disciplina della disposizione (art. 4 del d.l. n. 44/2021) della cui legittimità costituzionale si dubita: la circostanza potrebbe verosimilmente determinare riflessi sulla ritenuta rilevanza della questione di

costituzionalità, come opportunamente rileva B. Liberali<sup>11</sup>.

Da ultimo, l'utilizzo dello strumento istruttorio, per di più a così ampio spettro, per sollevare, eventualmente, la questione di costituzionalità della disposizione indicata dall'appellante solleva un ulteriore profilo problematico: viene infatti da chiedersi se in questo caso si permanga ancora nell'alveo della "non manifesta infondatezza", ovvero si rischi di navigare verso approdi impropri quale potrebbe essere una declaratoria di manifesta infondatezza che, di fatto, rischierebbe di ergere il CGA direttamente a giudice delle leggi, avendo travalicato i confini della sommaria delibazione. Il giudizio di non manifesta infondatezza della questione non affida al giudice remittente il compito di selezionare le questioni da trasmettere alla Consulta, bensì quello di filtrare solo quelle che, sulla base di indici oggettivamente verificabili, siano ritenute prive di fondamento<sup>12</sup>. Ma evidentemente il giudice si va orientando nel senso di sollevare la questione di costituzionalità.

### 3. *Alcune questioni a margine, ma non troppo*

Tre brevissime riflessioni a margine della vicenda all'esame.

a) Innanzitutto, il decreto-legge, strumento normativo a carattere provvisorio in quanto soggetto alla procedura parlamentare di conversione, non è adeguato a disporre norme che impongano obblighi a carattere irreversibile come la sottoposizione a vaccinazione.

b) Il virus in questione è molto più veloce delle politiche reattive sanitarie di qualsiasi Paese, facendo sì che mentre si predispongano le norme o si definiscono giudizi, la situazione sia già mutata.

Così è accaduto, ma solo a titolo esemplificativo, che il decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, che ha imposto l'obbligo vaccinale a tutti gli ultracinquantenni a decorrere dal 15 febbraio 2022, emanato in una situazione di grave condizione sanitaria del Paese, abbia trovato applicazione in una data, il 15 febbraio appunto, nella quale l'ondata pandemica "pare" essere ormai in deciso declino, una condizione che potrebbe addirittura preludere – a parere degli esperti – ad una sorta di passaggio da fenomeno pandemico a fenomeno di tipo endemico, molto più blando e comunque ampiamente controllabile grazie all'effetto vaccinale e anche a nuove terapie farmacologiche.

La validità del rigido sistema sanzionatorio previsto, con imposizione di

---

<sup>11</sup> B. LIBERALI, op. cit.

<sup>12</sup> In termini, F. PIZZETTI e G. ZAGREBELSKY, "Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano 1972, *passim*. M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto ...)*, in *Forum Cost.* 13 maggio 2004, 2.

obblighi tanto gravosi sulle libertà personali, andrebbe valutata e commisurata costantemente all'andamento delle condizioni che la hanno determinata in termini di ragionevolezza e proporzionalità, come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale (Guzzetta). Agli esperti resta il compito di dettare le condizioni, tanto più che il 31 marzo 2022 pare (in materia il condizionale è d'obbligo) cessare lo stato di emergenza.

c) In ultimo, l'arcipelago di orientamenti giurisprudenziali emergenti dal rilascio di decreti cautelari dei diversi TTAARR di opposto orientamento (sospensione o non sospensione dell'obbligo vaccinale) sta contribuendo, semmai ve ne fosse bisogno, a togliere univocità di riferimenti e ulteriore sconcerto, con conseguenze che vanno ben al di là delle singole vicende trattate. Di questo il Consiglio di Stato nella sua Adunanza si potrebbe far carico anche in considerazione del differente orientamento delle pronunce della Terza Sezione e del CGA.

# 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 rimesione 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»<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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 spropositamente 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 pandemica<sup>2</sup>. 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

---

<sup>2</sup> 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. 4<sup>3</sup>.

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-

---

<sup>3</sup> 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.



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

di Alessandro Mangia

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

1. *Una premessa*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

## 2. Un ragionamento semplice su un precedente inconferente

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>2</sup> G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova 1994, 319.

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

Se ci si prende la briga di leggere la giurisprudenza costituzionale fin dall’inizio, si capisce che ciò che adesso si chiama ‘riserva di scienza’ è qualcosa di molto diverso<sup>3</sup>. Peccato che anche il CdS abbia scelto di usare questa formula improvvida, che si presta a molti fraintendimenti. Ma è evidente che irrigidire la ‘riserva di scienza’ in qualcosa di insindacabile gli serviva per svolgere una argomentazione altrimenti difficile da concludere. E si sa che, a volte, le parole, possono semplificare la vita.

### 3. *Due parole sulla proporzionalità*

Del resto sono tempi strani, in cui molte delle acquisizioni che davano per scontate sono divenute assai meno scontate. È naturale che sia così. La Pandemia non è certo stata la Spagnola<sup>4</sup>. Ma è certo stata la più grande crisi mai sperimentata dai tempi della II Guerra Mondiale, e questa circostanza ha esercitato una pressione sulle categorie di base del diritto mai sperimentata da allora.

Ho sostenuto altrove, ragionando di teoria delle fonti nel 2021, che la Pandemia sarebbe stata una enorme fonte-fatto<sup>5</sup>. Un fatto normativo di portata eccezionale, il problema della cui qualificazione ha colto molti impreparati, inducendoli a confondere ‘stato di emergenza’ (di cui all’art. 24 T.U. Protezione Civile), ‘necessità e urgenza’ (di cui all’art. 77 Cost.), ‘stato di guerra’ (di cui all’art. 78 Cost.) e ‘stato di eccezione’ (di cui non si parla da nessuna parte, perché si impone da sé, nei termini originari che gli sono propri da sempre come *Ausnahmezustand*).

Con quella espressione intendevo dire, riprendendo molto del S. Romano del 1909, che i fatti possono produrre norme, con buona pace dei normativisti inconsapevoli: basti leggere quello che diceva sulle fonti-fatto V. Crisafulli, che inconsapevole non era senz’altro<sup>6</sup>.

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

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

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

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

<sup>6</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1993, 176

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

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

In realtà il principio di proporzionalità nasce il 24 marzo 1927 da una decisione del *Reichsgericht* tedesco su un caso di sindacato dei poteri di emergenza della Polizia. Nasce, insomma, dal vecchio *Polizeirecht* come *Verhältnismässigkeitprinzip* e dunque come limite all'intervento sulle libertà fondamentali da parte del potere pubblico<sup>7</sup>. Il principio di proporzionalità prevede che l'uso di potere pubblico per la limitazione (*Eingriff*) di posizioni soggettive individuali sia consentito solo nella misura strettamente necessaria al raggiungimento dello scopo perseguito<sup>8</sup>. In una battuta, quando opera il principio di proporzionalità, ad essere misura dell'esercizio di potere è la situazione di fatto. Letteralmente *Verhältnis* è 'relazione' o 'rapporto'. Sicché, nel suo contenuto originario, il principio esprime la necessità che la manifestazione di potere sia rapportata alla situazione di fatto su cui il potere interviene. E ne sia valutata l'adeguatezza.

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

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

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

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

<sup>8</sup> E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, Milano, 2011, 155.

zionalità è nato, e dove è stato applicato fin dall'inizio dell'esperienza del BverfG, è un fatto notorio. Ed è un fatto notorio fin dalla sentenza dell' 11 giugno 1958 (7,33) sulla Legge sulle Farmacie della Baviera, dove l'eliminazione del sistema delle concessioni per facilitare l'approvvigionamento di farmaci a disposizione della popolazione doveva essere valutato alla luce della situazione di fatto. Lo stesso è avvenuto in una decisione del 22 maggio 1963 (16, 147 ss.) sulla misura della tassazione dei trasporti finalizzata ad incentivare il traffico su rotaia<sup>9</sup>. E in altre occasioni<sup>10</sup>.

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

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

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

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

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

Non sto ad insistere sul contenuto di questa decisione. Mi limito ad osservare che è una decisione criticabilissima da almeno due punti vista, relativamente alla ricostruzione della sistematica degli atti di immissione in commercio dei farmaci, come delineato dal Reg. 726/2004 e dal Reg. 507/2006<sup>11</sup>.

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

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

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

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

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

Non sto a ripetere cose già sapute sulle condizioni stanti le quali può essere rilasciata una autorizzazione condizionata ai sensi del reg. 726/2004; e non sto a ricordare le peculiarità delle sperimentazioni in fast-track che sono state condotte in Europa, e che in Europa hanno presieduto alla messa in circolazione di questi farmaci, che sono assi più assimilabili a terapie preventive che a vaccini in senso stretto, come dovrebbe essere chiaro dopo il passaggio della variante Omicron<sup>12</sup>.

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

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

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

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

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

---

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

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

E lo fa con il classico ragionamento che prova troppo. Il CdS ci dice – ripetendo cose già dette nel Settembre 2020 dal Tar Trieste<sup>13</sup> – che le autorizzazioni condizionate non sono qualcosa di nuovo, e che sono già state utilizzate almeno 30 volte dal 2006 ad oggi, fornendone una casistica assai dettagliata. E da qui si passa ad asserire che il carattere condizionato della autorizzazione non costituirebbe un *minus* in termini di certezza e sicurezza del farmaco autorizzato.

Peccato che in questo passaggio dimentichi due cose.

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

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

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

---

<sup>13</sup> Tar Trieste 10 settembre 2021, n. 263.

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

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

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

Da ultimo mi limito a proporre due osservazioni.

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

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

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

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

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

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

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

La tesi dell’onere nell’interesse pubblico è stata avanzata, nella letteratura giuridica, solo da un cultore del diritto amministrativo oggi non troppo noto, Raffaele Resta, in un contributo del 1938<sup>14</sup>. Il vecchio lavoro di Giacomo Gavazzi sull’onere, per chi se lo volesse leggere, ne dà ampia illustrazione<sup>15</sup>.

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

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

---

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

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

*Interventi e comunicazioni*



## Un manifesto giudiziario no vax?

di Guido Corso

1. L'obbligo di sottoporsi a vaccinazione anti Covid per *“gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario”* (art. 4 d.l. n. 44/2021) è stato contestato, per asserto contrasto con la Costituzione, con la normativa europea e con i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117 co. 1 Cost.); prima davanti al Consiglio di Stato e poi davanti al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Respinte con ampia pronuncia dalla III sezione del Consiglio di Stato (n. 7045/2021 del 20 ottobre 2021), le censure vengono riproposte, in modo meno articolato, davanti al C.G.A., in sede di appello cautelare. Rilevando che la situazione sanitaria è mutata sia per la diffusione della variante Omicron, sia per la prevista reiterazione di somministrazioni del vaccino in tempi ravvicinati, un fatto il primo, e una prescrizione la seconda, sui quali la comunità scientifica *“non pare aver raggiunto una conclusione unanime”*, il Consiglio ritiene che i dubbi di costituzionalità non possono considerarsi fugati dalla pronuncia della III Sezione di tre mesi prima: anche perché nella nuova controversia vengono sollevati anche profili nuovi *“con specifico riferimento alla contestata validità e sufficienza del sistema di farmacovigilanza”* e alla *“compatibilità dell’obbligo vaccinale con il diritto eurounitario”*, specie con riferimento al profilo del consenso informato (par. 8.2).

Mentre l'appellante indica come criteri di valutazione dell'art. 4 del d.l. l'art. 117 (mancato rispetto del Trattato di Norimberga) e l'art. 3 Cost. (par. 2), il Consiglio di Giustizia tira in ballo l'art. 32 Cost., passando in rassegna la copiosa giurisprudenza costituzionale che si è formata su di esso (par. 8.3); e richiama anche la Risoluzione del Consiglio d'Europa 2361/2021 sulla vaccinazione Covid (par. 8.4).

Con l'ordinanza non viene sollevata immediatamente la questione di legittimità costituzionale. Il Consiglio ordina una articolata istruttoria, per *“verificare se l’obbligo vaccinale per il Covid 19 soddisfi le condizioni dettate dalla Corte Costituzionale in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria”*. Un'istruttoria al cui esito è subordinata la rimessione della questione alla Corte Costituzionale (par. 9 e 9.2): laddove dall'istruttoria non risultino *“soddisfatte le condizioni dettate dalla Corte”*, *“questo giudice (...) dovrebbe sollevare l’incidente di costituzionalità”*.

2. Il ricorrente, stando all'ordinanza, avrebbe denunciato la violazione del Trattato di Norimberga. Ma un Trattato di Norimberga non esiste. Esiste un codice di Norimberga, un codice etico, elaborato da due scienziati americani

A.C. Ivy e L. Alexander, in concomitanza col processo a carico dei medici nazisti tenutosi a Norimberga nel 1947. Un codice sulla sperimentazione medica volto a controbattere l'argomento difensivo degli imputati secondo cui nelle carceri americane sarebbero stati compiuti esperimenti medici non dissimili da quelli compiuti dai medici imputati. Secondo il codice, la persona coinvolta nella sperimentazione deve avere la capacità legale di dare il consenso, senza essere soggetto a frode, inganno o costrizione; e nello stesso tempo avere sufficiente conoscenza e comprensione dell'argomento in modo da prendere una decisione consapevole. È la prima formulazione del principio del consenso informato che poi sarebbe stato accolto dalla legislazione e dalle norme deontologiche di quasi tutti i paesi.

Non quindi, sul piano giuridico, qualcosa riconducibile ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Non diverso è il discorso che riguarda l'altro paradigma richiamato nell'ordinanza, la risoluzione n. 2361/2021 del Consiglio d'Europa (considerazioni sulle distribuzioni e somministrazione dei vaccini contro il COVID 19) che contiene indicazioni dichiarate non vincolanti. Neppure a questo testo può essere attribuito il rango giuridico primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo così che esso non può essere invocato come criterio di legittimità costituzionale.

3. Quali sono le condizioni che consentono al legislatore di imporre un trattamento sanitario la Corte Costituzionale lo ha precisato sin dalla prima sentenza importante intervenuta sulla questione (n. 307/1990).

Sono tre queste condizioni:

- che il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri (*“l'interesse della collettività”*, art. 32 co. 1);
- che il trattamento non pregiudichi la salute di colui che vi è assoggettato, *“salvo che per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiono normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili”*;
- che, ove un danno serio in concreto si produce, lo Stato sia tenuto ad un equo ristoro, sia in ragione del doveroso bilanciamento tra le due dimensioni del valore della salute (individuale e collettiva) sia per *“lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario”*.

4. Che la contestata disposizione dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 sia in linea con i superiori principi, e quindi pienamente compatibile con l'art. 32 co. 2 Cost. la III Sezione del Consiglio di Stato lo ha dimostrato ampiamente con la ricordata sentenza n. 7045/2021.

Il C.G.A. ritiene, tuttavia, che la questione meriti di essere riconsiderata sia alla luce della variante Omicron, (rispetto alla quale i vaccini in uso non risultano “aggiornati”) sia in considerazione della prescritta reiterazione di somministrazioni in tempi ravvicinati – temi sui quali non c’è una unanimità nella comunità scientifica: sicché potrebbe sorgere il dubbio che l’obbligo di vaccinazione assicuri effettivamente “*lo stato di salute degli altri*”, oltre che del vaccinato, mentre la tendenziale periodicità della vaccinazione solleva una questione di proporzionalità della misura. Dubbi che l’istruttoria è chiamata a chiarire.

All’istruttore (un collegio formato dal segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del C.S.S. e dal Direttore generale della Prevenzione sanitaria) vengono posti quattro quesiti, ciascuno dei quali si articola in sottoquesiti. Sicché le domande a cui l’istruttore dovrà dare risposta sono almeno diciassette:

- come vengono valutati i rischi e i benefici del piano vaccinale, sul piano generale;
- come vengono valutati rischi e benefici dal medico vaccinatore, sul piano individuale, quindi sulla base dell’anamnesi prevaccinale;
- se vengono consigliati all’utenza test prevaccinali;
- se vi siano studi e c.d. evidenze scientifiche sulla vaccinazione di soggetti già contagiati dal virus;
- se sono state impartite direttive ai medici di base perché contattino i propri assistiti ai quali suggerire, eventualmente, test prevaccinali;
- se i medici di base vengono informati dell’avvenuta vaccinazione spontanea di un proprio assistito;
- come viene raccolto il consenso informato;
- quale documentazione è offerta all’utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato;
- se l’obbligo di sottoscrizione persista anche in regime di vaccinazione obbligatoria;
- se venga monitorato l’eventuale pericolo per la salute pubblica a causa di effetti avversi che consigli la sospensione dell’obbligo di vaccinazione;
- che siano indicati il numero dei vaccinati egualmente contagiati dal virus (ceppo originario e/o varianti il numero dei bi- e tri – vaccinati, il numero dei ricoveri e dei decessi dei vaccinati contagiati, il confronto di detti dati con quello dei non vaccinati);
- che siano forniti i dati sui rischi ed eventi avversi acquisiti nel corso della campagna di vaccinazione, indicati i criteri per la raccolta dei dati sull’efficacia dei vincoli e sugli eventi avversi; chiariti i criteri di raccolta ed elaborazione dei dati in ambito nazionale e sovranazionale; fonti e informazioni sull’efficacia dei vaccini in relazione alle varianti del virus;
- come viene effettuata la sorveglianza post-vaccinale e sulle reazioni avverse (sorveglianza attiva e segnalazione passiva, da parte del medico che sospetti reazioni avverse);

- se ai medici di base sia stato richiesto di comunicare gli eventi avversi che hanno colpito i vaccinati;
- quale sia la portata dell'obbligo di comunicazione predetto;
- se tale comunicazione sia rimessa alla discrezione del medico di base;
- come i medici di base accedono alla piattaforma per le superiori segnalazioni.

Alcuni dei quesiti meritano un commento.

Viene chiesto al verificatore, ad esempio, di dare indicazioni sulle “*modalità di raccolta del consenso informato*”, sulla documentazione offerta alla utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato, e di fornire “*chiarimenti circa il perdurante obbligo di sottoscrizione del consenso informato anche in situazioni di obbligatorietà vaccinale*”.

È evidente che per coloro (personale sanitario) ai quali viene imposto un obbligo di vaccinazione non trova applicazione il requisito del consenso informato. L'informazione presuppone che il paziente, sulla base di essa, possa negare il consenso: mentre un trattamento sanitario obbligatorio prescinde per definizione dal consenso che presuppone una situazione di libertà, in cui il consenso può essere prestato ma può essere negato. Il principio consensuale non opera in presenza di un obbligo.

Una serie di quesiti 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 sorveglianze sia esercitata “*sulle reazioni avverse ai vaccini*”; quanti sono i vaccinati che sono stati egualmente contagiati dal virus, etc. etc.

L'assunto da cui muove il Consiglio sembra essere questo: 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.

È significativo che siano chiesti “*i dati sul numero dei ricoveri e decessi dei vaccinati contagiati*”, ma non quello, sicuramente più significativo, relativo ai ricoveri e ai decessi dei contagiati non vaccinati.

Un manifesto giudiziario no vax?

# Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. L'antico mito o dogma della legge quale atto libero nel fine e la sua improponibilità, in relazione alla questione dell'obbligo vaccinale anti-covid, dal punto di vista della teoria della Costituzione. – 2. La questione relativa alla possibilità che l'obbligo vaccinale sia introdotto, in vece del legislatore, dalla Corte costituzionale. – 3. L'obbligo vaccinale alla luce di taluni orientamenti della giurisprudenza (con specifico riguardo alle indicazioni date dal Consiglio di Stato e dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana). – 4. Una succinta notazione finale a riguardo del carattere “sperimentale” (o, meglio, *in progress*) sia dei vaccini che delle misure normative adottate per far fronte alla pandemia, nonché (e di conseguenza) dell'attività di giudizio volta al riscontro della loro validità.

## 1. *L'antico mito o dogma della legge quale atto libero nel fine e la sua improponibilità, in relazione alla questione dell'obbligo vaccinale anti-covid, dal punto di vista della teoria della Costituzione*

Può la teoria della Costituzione venire in soccorso al fine dell'inquadramento sotto la giusta luce della vessata questione della obbligatorietà del vaccino anti-covid?

Credo che sia un dato oggettivo, inconfutabile, quello per cui si è fin qui proceduto con molta approssimazione e in un clima gravato da confusione e incertezza nell'adozione delle varie misure volte a porre un argine al dilagare incontrollabile della pandemia. La cosa non desta meraviglia ed ha, per vero, da un certo punto di vista, una sua giustificazione, sol che si pensi che il virus ha colto tutti di sorpresa, impreparati a farvi fronte: studiosi, operatori istituzionali, la gente comune. Col passare del tempo, si è tuttavia riusciti a fare, almeno in parte, chiarezza; ed alcuni punti fermi possono essere dunque fissati.

Il primo è che, allo stadio attuale delle conoscenze di cui disponiamo, possiamo combattere la pandemia sanitaria con un *poker* di strumenti: i vaccini, il distanziamento interpersonale, l'uso della mascherina e l'igiene corporale, in specie delle mani. Nessuno di essi, singolarmente preso, è in grado di debellarlo ma tutti assieme si rivelano indubbiamente efficaci ed idonei a salvaguardare la salute e, soprattutto, la vita delle persone, specie di quelle maggiormente vulnerabili.

Alcuni dati statistici, nella loro obiettiva consistenza, risultano al riguardo di palmare evidenza, a partire da quello per cui le persone che non si sono sottoposte al vaccino o che, comunque, non hanno completato il ciclo per esso previsto risultano in considerevole misura maggiormente esposte delle persone vaccinate ai rischi del contagio, in specie laddove presentino patologie tali da potersi

ammalare in forma grave e, persino, di perdere la vita. Insomma, i vaccini, seppur ad oggi ancora non del tutto messi a punto<sup>1</sup>, sono forieri di benefici innegabili; ed è perciò francamente stupefacente che essi siano cocciutamente negati dai c.d. *no-vax*<sup>2</sup>. Ed è allora da chiedersi perché mai l'obbligo vaccinale non sia stato imposto<sup>3</sup>, così come si è avuto in certi momenti per le altre misure, se non limitatamente agli appartenenti ad alcune categorie di persone, a partire da quelle che operano nelle strutture sanitarie o negli istituti scolastici<sup>4</sup>, e, più di recente, per gli ultracinquantenni<sup>5</sup>, pur essendosi avute – come si sa – pesanti limitazioni specie per ciò che concerne lo svolgimento delle attività lavorative<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sono, nondimeno, fiducioso che tra non molto potrà aversene il perfezionamento, specie per ciò che concerne la durata della “copertura” da essi assicurata, sì da dovervi ricorrere una sola volta l'anno così come si fa per l'influenza o altre patologie.

<sup>2</sup> È proprio vero, però, che la storia non cessa di ammaestrarci senza che tuttavia l'umanità ne tragga il dovuto profitto. Senza, ora, azzardare un raffronto che sarebbe del tutto improprio con passate, tragiche esperienze, a volte sembra che si manifesti in seno al corpo sociale una spinta formidabile e pressoché irresistibile verso l'impazzimento collettivo, quale quello che si ebbe ai tempi del nazi-fascismo e che portò alla immane tragedia della seconda grande guerra. Confesso di non riuscire a darmi spiegazione diversa da questa in merito all'avvento del fenomeno dei *no-vax*, stranamente peraltro affermatosi in relazione alla pandemia in corso e non per altre malattie per le quali pure è prevista la somministrazione di un vaccino o, puramente e semplicemente, un qualsivoglia trattamento sanitario. È stato non molto tempo addietro segnalato da un compianto studioso G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Riv. AIC*, 4/2021, 329 ss. (e 333, per il riferimento testuale che segue)] che gli appartenenti al fronte dei *no-vax* hanno messo in circolazione, a sostegno della loro posizione, “menzogne e argomenti privi di qualsiasi fondamento razionale” (persino quello secondo cui i vaccini potrebbero provocare l'autismo...) a beneficio di analfabeti e creduloni.

<sup>3</sup> Sulle ragioni che stanno a base di questa scelta, peraltro largamente condivisa in seno alla Comunità internazionale, v., spec., R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Quest. giust.*, 6 settembre 2021; *adde* i contributi al *forum Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2/2021, 257 ss.

Desidero, tuttavia, sin d'ora rammentare un pensiero del Capo dello Stato, S. Mattarella, che, in occasione della inaugurazione dell'anno accademico nell'Università di Pavia, ha vigorosamente sollecitato a sottoporsi al vaccino qualificato quale “dovere morale e civico”, ammonendo a non invocare la libertà al fine di non prestarvi ossequio, insussistente per il fatto che nessuno ha il diritto di mettere a rischio la salute altrui.

<sup>4</sup> Stranamente, poi, la medesima “logica” non è stata fatta valere per altri luoghi nei quali pure vi è il rischio dell'affollamento delle persone; ma sulla complessiva ragionevolezza (per non dire, vera e propria razionalità...) delle misure varate per far fronte al dilagare del virus vi sarebbe, per vero, molto da dire (ovviamente, in una sede diversa da questa, circoscritta all'esame della sola questione relativa all'obbligo vaccinale).

<sup>5</sup> Col sostegno però, per questi ultimi (specie laddove si tratti di soggetti non impegnati nel mondo del lavoro), di una sanzione pecuniaria risibile, palesemente inadeguata e affetta, perciò, da vizio di irragionevolezza. Quale mai, infatti, può essere l'efficacia persuasiva di una misura imposta senza essere tuttavia dotata del necessario corredo sanzionatorio? Non si va alla guerra con pistole-giocattolo col tappo rosso ma attrezzati come si conviene!

<sup>6</sup> Sui termini generali della questione (e, in specie, con riferimento alla introduzione dell'obbligo per le attività lavorative), oggetto di numerosi e divergenti punti di vista, v., tra gli altri e di

Ora, al fondo della questione oggi nuovamente discussa sta la premessa, ritenuta indiscutibile, del carattere discrezionale (o, diciamo pure, politico *tout court*) dell'apprezzamento riservato al legislatore per ciò che concerne l'adozione delle misure volte a far fronte alla pandemia, e segnatamente – per ciò che è qui di specifico interesse – della prescrizione dell'obbligo vaccinale.

Riemerge così, in modo prepotente, l'antico mito o dogma della legge quale atto libero nel fine (politico, appunto) e, prima ancora, in merito all'*an* della sua venuta alla luce. La teoria della Costituzione<sup>7</sup>, tuttavia, osta alla sua riproposizione, perlomeno nelle forme esasperate e radicali di un tempo. È ormai provato, infatti, che dalla legge fondamentale della Repubblica discendono vincoli dalla varia natura e intensità: di *non facere* come pure di *facere*. Che si diano leggi costituzionalmente imposte e, persino, leggi a contenuto costituzionalmente vincolato ormai – come si sa – non si

---

recente, in aggiunta ai contributi al *forum Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, cit., M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 89 ss.; nella stessa *Rivista*, R. ROMBOLI, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. n. 44/2021*, 3/2021, 673 ss.; A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, Editoriale, in *Federalismi*, 8/2021, IV ss.; pure *ivi*, G. NATULLO, *Salute e ambienti di lavoro nell'emergenza Covid-19*, 149 ss.; nella stessa *Rivista*, M. GIOVANNONE, *La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il D.L. n. 44/2021*, 14/2021, 103 ss., e C. DELLA GIUSTINA, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra facoltà ed obbligo nel rapporto di lavoro subordinato. Riflessioni giuspubblicistiche*, 18/2021, 71 ss.; inoltre, M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dir. fond.*, 1/2021, 79 ss.; pure *ivi*, M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, 2/2021, 44 ss., spec. 53 ss.; M. D'APONTE, *Sulla configurabilità di obbligo generale del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione nell'ordinamento giuridico vigente*, 74 ss.; N. CAMPOBELLO, *La vaccinazione da Covid 19: facoltà o obbligo? Profili civilistici del dibattito*, 276 ss.; R. SANTUCCI, *Vaccinazione contro il Covid-19 ed effetti sulle posizioni soggettive nel contratto di lavoro*, 319 ss.; F. CAROCCIA, *Il consenso informato come misura dell'autodeterminazione: il caso del vaccino da COVID-19*, 662 ss., spec. 673 ss.; M. BASILICO, *Il punto sulla disciplina dell'obbligo vaccinale nel rapporto di lavoro. Considerazioni all'indomani della conversione del decreto legge 44/2021*, in *Giustizia insieme*, 15 giugno 2021; C. D'ORAZI, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il Covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Riv. AIC*, 3/2021, 1 ss.; Q. CAMERLENGO – L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid-19*, in *Riv. AIC*, 3/2021, 199 ss.; A. MATTEI, *Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro*, in *Biolaw Journal*, 3/2021, 323 ss. Quanto, poi, alla discussa introduzione del c.d. *green pass*, v., per tutti, in aggiunta ai contributi al *forum Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, cit., spec. 309 ss., G. GRASSO, *"Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale: prime considerazioni, in Corti supreme e salute*, 1/2021, 1 ss.; A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, Editoriale, in *Federalismi*, 21/2021, IV ss.; e, ancora, R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, cit.; L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare, ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo per incentivare la vaccinazione anti COVID-19 (cd. green pass)*, in *Forum di Quad. cost.*, 3/2021, 491 ss.; I. SPADARO, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *Federalismi*, 29/2021, 51 ss.; V. DE SANTIS, *Dalla necessità dell'obbligo vaccinale alla realtà del green pass*, in *Nomos*, 3/2021, e A.M. CIRIGNO, *Obbligo del green pass e obbligo vaccinale: le questioni aperte*, in *Dir. fond.*, 1/2022, 1 ss.

<sup>7</sup> Perlomeno in una delle forme in cui si presenta e che attiene alle dinamiche della normazione (e, segnatamente, come si passa subito a dire, a quelle che connotano i rapporti tra Costituzione e legge); restano, pertanto, fuori del limitato orizzonte di questo studio modi diversi d'intendere la Costituzione, in specie da una prospettiva istituzionalistica o da altre ancora.

discute più. Il punto è, però, che se ne riconosce la esistenza unicamente laddove si abbiano esplicite indicazioni normative in Costituzione volte a sollecitare il legislatore ad intervenire in un modo o nell'altro. È però da chiedersi se un obbligo di *facere* in parola possa darsi anche in mancanza di una espressa previsione nella Carta.

Venendo senza ulteriori indugi alla questione che è qui di specifico interesse, il carattere facoltativo della disciplina riguardante la vaccinazione è da molti fatto discendere dalla formulazione letterale dell'art. 32 della Carta a riguardo dei trattamenti sanitari obbligatori, imponibili unicamente in presenza di legge che espressamente li preveda, la cui adozione è appunto considerata il frutto di una valutazione discrezionale<sup>8</sup> o, diciamo pure, politica delle assemblee elettive<sup>9</sup>.

Si coglie qui subito un difetto di prospettiva nell'inquadramento della questione, ritenendosi assiomaticamente essere *sempre* nella piena disponibilità del legislatore la decisione in parola. Non mi pare però che un ragionamento siffatto sia dotato di solide basi di ordine teorico-ricostruttivo, sol che si ammetta – come devesi – che possono darsi (ed effettivamente si danno) congiunture al ricorrere delle quali l'obbligo vaccinale *deve* essere imposto, persino con carattere generale (eccezion fatta, ovviamente, per i soli soggetti per i quali esso non può valere, in ispecie per ragioni di età o di salute)<sup>10</sup>. Come si vedrà, misconoscerlo equivale, infatti, in buona sostanza, a privare di parte della sua forza prescrittiva la Costituzione nel suo rapporto con la legge e, perciò, a ribaltare l'ordine naturale della loro disposizione nel sistema.

Ora, è bensì vero che, se la questione è riguardata dall'angolo visuale degli strumenti di cui la Costituzione può giovarsi al fine di assicurare l'*effettivo* adempimento dell'obbligo di *facere* in parola (e di farlo – come si dirà a momenti – con certi contenuti e in un certo tempo), parrebbe che essa resti disarmata o, come che sia, scarsamente attrezzata davanti ad atteggiamenti neghittosi del legislatore. Si tratterebbe, tuttavia, di una palese torsione di prospettiva, confondendosi il piano della sanzione con quello della prescrizione, la quale ultima non viene meno pur laddove risulti carente e persino del tutto assente la prima<sup>11</sup>. Non è raro, infatti, spe-

<sup>8</sup> Sulla risalente e vessata questione della discrezionalità del legislatore, di recente, riferimenti in L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli 2020, 114 ss.; altre indicazioni, a breve.

<sup>9</sup> Sulla ratio del disposto costituzionale, di recente v. A. MAZZOLA, *Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale*, in *Consulta OnLine*, 2/2021, 572 ss., spec. 578 ss., e P. VERONESI, *I Trattamenti Sanitari Obbligatori, ovvero del circoscritto limite della libertà di salute*, in *Biolaw Journal*, 4/2021, 245 ss. Sui "plurimi bilanciamenti" presenti nell'art. 32, v., inoltre, F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionalismo*, 1/2021, 82 ss., spec. 101 ss.

<sup>10</sup> Quanto, poi, alla differenza che corre tra il rifiuto di adempimento dell'obbligo in parola e l'obiezione di coscienza manifestata nei suoi riguardi, v. S. FLORE, *Obbligo vaccinale e obiezione di coscienza nel caso del covid-19*, in *Dir. fond.*, 3/2021, 29 ss.; v., inoltre, B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il COVID-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza*, in *Dir. comp.*, 15 aprile 2021.

<sup>11</sup> La più avveduta dottrina ha – come si sa – segnalato da tempo il rischio che si corre a far luogo al mescolamento dei piani in parola, ovvero sia a spostare sull'uno questioni che invece richiederebbero di essere ambientate e risolte sull'altro (v., dunque, *ex plurimis*, F. MODUGNO, *Norma*

cie in diritto costituzionale, trovarsi in presenza di comportamenti giuridicamente obbligatori senza che tuttavia se ne possa materialmente imporre la osservanza che resta, a conti fatti, demandata al senso dello Stato o, diciamo meglio, alla fedeltà alla Repubblica, espressiva di un dovere al cui adempimento nessuno può sottrarsi<sup>12</sup>.

Va, poi, tenuto presente che l'esperienza più recente rende testimonianza del fatto che carenze anche gravi e vistose della legislazione possono ugualmente andare incontro a sanzione per mano del giudice costituzionale<sup>13</sup>, persino in casi in cui, ancora fino a pochi anni addietro, quest'ultimo riteneva essergli inibito il sostanziale rifacimento dei testi normativi incostituzionali per il doveroso rispetto da prestare nei riguardi della discrezionalità del legislatore. In difetto delle classiche "rime obbligate" di crisafulliana memoria, la Corte infatti considerava esserle preclusa la riscrittura dei testi stessi, segnatamente nel verso della addizione di norme in essi indebitamente mancanti. Ormai, però, come si è fatto notare da attenti commentatori, si è assistito all'avvento delle "rime possibili" o dei "versi sciolti"<sup>14</sup>, anche in casi dunque nei quali la nuova disciplina si pone quale il frutto di discrezionale produzione da parte della Consulta<sup>15</sup>.

---

(teoria gen.), in *Enc. dir.*, 1978, XXVIII, 328 ss., spec. 346; S. CASTIGNONE, *Appunti su coazione e coercibilità*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1987, 41 ss.; F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, 1989, XLI, 303 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, 1990, XXI, ad vocem, 5. Sulla vessata questione, da ultimo, R. D'ANDREA, *Recensione ad Antonio Ignazio Arena, "L'esternazione del pubblico potere"*, Napoli, 2019, in *Forum di Quad. cost.*, 1/2022, spec. 69 ss.).

Si ragiona a riguardo del modo con cui fare valere la responsabilità del legislatore che dovesse seguire – com'è, invero, da temere – a restare sordo all'appello qui nuovamente indirizzato e volto alla introduzione dell'obbligo vaccinale nel mio *Ancora in tema di obbligatorietà del vaccino contro il Covid-19 e della responsabilità per la sua mancata introduzione*, in *Giustizia insieme*, 11 ottobre 2021.

<sup>12</sup> Sulle forme in cui esso si presenta e sugli strumenti di cui può in concreto giovare per farsi valere, richiamo qui solo i contributi di A. MORELLI, in ispecie il suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2013.

<sup>13</sup> La questione è – come si sa – dibattuta da tempo, da noi come altrove (riferimenti in AA.VV., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latinoamericana*, a cura di L. Casseti e A.S. Bruno, Torino 2019, nonché, se si vuole, nel mio *Omissioni del legislatore e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, in *Dir. fond.*, 1/2020, 193 ss.).

<sup>14</sup> Il primo sintagma si legge, tra gli altri, in S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assesti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC*, 4/2020, 282 ss., spec. 293.; I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta OnLine*, 3/2021, 1001 ss.; il secondo in D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020, 101 ss. Di "rime libere" preferisce, poi, dire A. MORRONE, *Suprematismo giurisdizionale. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., nonché *Suprematismo giurisdizionale II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12/2021, spec. 197 ss. Del sostanziale abbandono delle vecchie "rime" si tratta infine anche nel mio *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di P. Bilancia*, in *Federalismi*, 4/2022, 867 ss.

<sup>15</sup> Emblematico, per tutti, il noto caso *Cappato*, per la cui definizione la Corte ha – come si sa – forgiato alla bisogna un'ardita e particolarmente incisiva tecnica decisoria in due tempi, della quale peraltro si è fatto uso anche nel corso di altre vicende processuali.

Si faccia caso all'esito paradossale cui conduce la svolta giurisprudenziale in parola.

L'invasione del campo riservato alla esclusiva coltivazione del legislatore è, infatti, giustificata facendo appello al bisogno di preservare la *primauté* della Costituzione anche in presenza delle più gravi e vistose omissioni legislative. Il costo, però, dell'operazione posta in essere dalla Corte è quello, palese, dello snaturamento dell'attività propria di questa, della sua conversione insomma in un vero e proprio decisore politico al posto dell'*unico, vero* decisore, il legislatore. In tal modo, perciò, è proprio la Carta a subire la più grave e vistosa torsione, per il fatto che, *servendola*, la Corte in realtà *se ne serve* per imporre una propria scelta politica tra le molte altre astrattamente prefigurabili (e dalla stessa Corte delineate, a volte in modo puntuale e dettagliato).

Insomma, come si è fatto notare altrove, ormai – a quanto pare – la tipizzazione dei ruoli istituzionali (segnatamente, dei decisori politici e dei garanti) non si ha più; ed è chiaro – perlomeno così ai miei occhi appare – che, venuta meno la separazione dei poteri, viene *per ciò stesso* meno l'idea di Costituzione, quale mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, se è vero – com'è vero – che lo Stato costituzionale può incedere nel suo non di rado sofferto e non lineare cammino unicamente avvalendosi di entrambe le gambe descritte nel disposto ora evocato: riconoscimento dei diritti fondamentali e separazione dei poteri, appunto.

Come si vede, a conti fatti, è in gioco la teoria della Costituzione che, per il modo con cui se ne fa portatrice la Corte, appare ormai essere – temo –, *perlomeno in talune circostanze*, non più legata da un filo di continuità evolutiva rispetto alla sua configurazione trasmessaci dalla nobile tradizione liberale, nella quale – come si sarà capito – seguito invece *toto corde* ad identificarmi.

## 2. *La questione relativa alla possibilità che l'obbligo vaccinale sia introdotto, in vece del legislatore, dalla Corte costituzionale*

Senza stare ora a discorrere di temi di ordine generale, pure – come si vede – di cruciale rilievo il cui esame nondimeno obbligherebbe questo studio ad una deviazione vistosa dal solco entro il quale è tenuto a mantenersi, e tornando quindi ad appuntare l'attenzione sulla sola questione qui specificamente rilevante, è subito da chiedersi se l'obbligo vaccinale generalizzato avrebbe potuto essere stabilito, in vece del legislatore, dalla Corte che avrebbe pertanto potuto farvi luogo in sede di giudizio su questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la previsione dello stesso limitatamente ad alcune categorie di persone. E, ancora, posto che ciò non s'è fatto, se vi si possa far luogo nel tempo presente.

Se volessimo ragionare come ha ragionato la Corte in occasione dei casi, sopra evocati, in cui ha ritenuto di porsi commutare in decisore politico in vece

del legislatore, la risposta affermativa ai quesiti ora posti sarebbe scontata. Credo, però, che sia fuor di luogo fare qui richiamo di quelle discusse (e discutibili) vicende. Nel caso nostro, infatti, a mia opinione, è la stessa Costituzione (non già a facultizzare il legislatore bensì) ad imporre l'obbligo della vaccinazione<sup>16</sup>. È chiaro che ancora meglio si sarebbe fatto se fosse stato stabilito prima, una volta messi a punto i vaccini ed acquisite la materiale disponibilità. Non è, tuttavia, mai troppo tardi per provvedere in tal senso, sol che si convenga a riguardo del fatto che proprio ad essi si deve un numero considerevole di vite umane salvate, di ricoveri ospedalieri risparmiati e di ogni altro effetto di ordine economico-sociale conseguente alla diffusione incontrollata e devastante del virus.

È poi vero che il disposto dell'art. 32 sopra richiamato nulla dice a riguardo delle circostanze in cui un trattamento sanitario s'impone. È chiaro, però, che, risultando fortemente incisa la libertà personale dell'individuo, deve trattarsi di circostanze connotate dal coinvolgimento di beni della vita e interessi in genere meritevoli, in una certa congiuntura, di prioritaria tutela rispetto a quella della salvaguardia dell'autodeterminazione dell'individuo che – è appena il caso qui di rammentare – è (e resta) pur sempre un bene prezioso e bisognoso di essere fin dove possibile salvaguardato<sup>17</sup>. Nella situazione odierna, nondimeno, la disciplina volta alla introduzione dell'obbligo vaccinale, qui patrocinata, a mia opinione linearmente e pianamente discende – sarei tentato di dire – a “rime... *obbligatissime*” dalla Costituzione. Cos'è, dunque, che la rende tale e ne impone l'adozione?

Per avvedersene, giova – come si diceva – fare appello alla teoria della Costituzione e della interpretazione costituzionale, assegnando al riguardo il giusto rilievo, a un tempo, ad alcuni dati che parrebbero estranei rispetto al dettato della Carta e che, per vero, tali sono per natura ed estrazione ma che poi – è questo il punto – s'immettono con centralità di posto nella struttura stessa degli enunciati costituzionali, che ne vengono pertanto “impressionati” e riconformati, sì da caricarsi di peculiari significati verso di essi orientati.

Mi riferisco, in particolare, al rilievo, per un verso, della situazione di fatto in cui s'inscrive sia l'attività di produzione normativa che quella di controllo sulla stessa e, per un altro verso, delle acquisizioni della scienza e della tecnologia delle quali entrambe le attività in parola sono chiamate a tenere conto<sup>18</sup>. E si tratta

---

<sup>16</sup> Ho già anticipato questo pensiero, qui ulteriormente precisato e svolto, nei miei *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond.*, 2/2021, 170 ss., spec. 180 ss.; *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 15 settembre 2021, e *Ancora in tema di obbligatorietà del vaccino contro il Covid-19 e della responsabilità per la sua mancata introduzione*, cit.

<sup>17</sup> Delle condizioni e dei limiti entro i quali, peraltro, ciò può aversi, v., volendo, il mio *Autodeterminazione (principio di)*, in *Digesto/Disc. Pubbl.*, *Dig. disc. pubbl.*, 2021, Agg., VIII, 1 ss. Cfr., ora, C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Oss. cost.*, 1/2022, 51 ss.

<sup>18</sup> Non è, d'altronde, per mero accidente che la dottrina, specie negli anni a noi più vicini,

quindi di verificare se i comportamenti, in forma sia attuosa che omissiva, del legislatore appaiano rispettosi del canone della ragionevolezza, *sub specie* della loro congruità ai fatti ed alle indicazioni venute dagli scienziati e dagli esperti in genere.

Per il primo aspetto, davanti al dilagare incontrollabile (e – si badi – ad oggi non arrestato) del virus praticamente per l'intero pianeta non mi pare che possa esservi dubbio alcuno circa la sussistenza dei presupposti di fatto giustificativi della imposizione del trattamento vaccinale, tanto più ove ne sia acclarata – come in effetti è –, a seguito di una procedura scientificamente rigorosa<sup>19</sup>, la sicurezza ed efficacia, malgrado il carattere temporalmente circoscritto dell'autorizzazione rilasciata per la messa in commercio dei sieri; e così pure per le altre misure riconosciute idonee ad arginare in considerevole misura la diffusione dei contagi. Insomma, verrebbe da dire, *se non ora quando?*

La scienza, dal suo canto, ci offre al riguardo indicazioni preziose; ed è francamente stupefacente che alcuni si ostinino cocciutamente a chiudere gli occhi davanti alla evidenza delle cifre che mostrano come la gran parte di coloro che sono costretti al ricovero ospedaliero (in alcuni casi, purtroppo, con esito infausto) è costituita da persone non vaccinate o che, comunque, non hanno completato il ciclo delle tre somministrazioni, specie se cagionevoli di salute<sup>20</sup>.

Si sono, per vero, opposti argomenti di vario genere, tra i quali quello, francamente singolare<sup>21</sup>, secondo cui nessuna garanzia si ha che il vaccino possa determinare, anche a distanza di anni, effetti negativi collaterali<sup>22</sup>: un argomento, questo, che peraltro – a stare a quest'ordine di idee – potrebbe pari pari indirizzarsi a moltissimi farmaci di uso comune; ed è davvero strano, invece, che i *no-vax* lo affaccino unicamente per i vaccini anti-covid. Si trascura, tuttavia, al riguardo il dato di tutta evidenza secondo cui non è possibile “bilanciare” il noto con l'ignoto, ciò che è con ciò che potrebbe essere, peraltro in una misura non

---

abbia dato (e dia) prova di crescente sensibilità e attenzione per i rapporti tra scienza e diritto, evidenziando con varietà di accenti e di esiti teorico-ricostruttivi il segno viepiù marcato che la prima lascia sul secondo (riferimenti, ora, in S. PENASA, Intervento al *forum* su *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, cit., 283 ss., e in L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo*, 1/2021, 132 ss.).

<sup>19</sup> La si può vedere puntualmente descritta in V. AZZOLLINI, A. MORELLI, *Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di Covid*, in *Consulta OnLine*, 3/2021, spec. 696 ss.

<sup>20</sup> Da alcuni dati resi pubblici nei giorni scorsi coloro che hanno patito conseguenze gravi a causa del vaccino sono stati da noi poco più di 19.000 su 108 milioni di somministrazioni, vale a dire lo 0,017 % dei casi: 1,7 persone su 10.000, dunque. In compenso, moltissime vite umane salvate.

<sup>21</sup> Ed efficacemente confutato dal Consiglio di Stato, in una pronunzia di cui si dirà più avanti.

<sup>22</sup> Lo si può vedere, tra gli altri, in A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, 3/2021, spec. 443 ss., e G. SCARSELLI, *Nota a Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045*, in *Giustizia insieme*, 17 novembre 2021, § 2.2.

quantificabile. La sola cosa certa, al di là delle pur innegabili divisioni riscontrabili tra gli scienziati che, *ratione temporis*, ancora poco sanno in merito al male che ci affligge, è che i vaccini – come si è venuti dicendo – hanno drasticamente fatto crollare i casi di ospedalizzazione, specie con effetti gravi e persino letali, e gli stessi casi di diffusione del contagio. *E questo solo ora conta*. D'altronde, a portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti la tesi scettica che si appella alla ignoranza del futuro che potrebbe esserci riservato in conseguenza della somministrazione dei vaccini, non rimarrebbe che l'alternativa della mancata somministrazione stessa, con i sicuri e disastrosi effetti che però se ne avrebbero per l'intera umanità.

Non si perda, ad ogni buon conto, di vista che il rapporto tra diritto e scienza – come si è tentato di mostrare altrove<sup>23</sup> – appare essere alquanto complesso. Lo stesso giudice costituzionale tiene distinti i casi in cui la scienza si presenti al proprio interno divisa da quelli in cui invece appaia compatta nel somministrare “verità” ormai inconfutabili<sup>24</sup>.

Nella prima evenienza, apprendiamo da Corte cost. n. 84 del 2016<sup>25</sup> che le questioni di costituzionalità che potrebbero qualificarsi come *scientificamente sensibili* vadano fatalmente incontro ad una dichiarazione d'inammissibilità, proprio per il fatto che su di esse, a motivo delle divisioni esistenti tra gli esperti, la Costituzione si trova obbligata a restare “muta”.

Nella seconda, di contro, le certezze scientifiche danno modo alla Costituzione di “parlare”, *in un senso scientificamente orientato* appunto.

*Delle due dunque l'una: o i vaccini servono (e sono, anzi, sommamente utili), ed allora proprio per ciò sono nella presente congiuntura necessari, per tutti. Oppure non servono o sono (o si teme che siano) addirittura dannosi, ed allora chiaramente non vanno somministrati, a nessuno, a partire proprio dal personale sanitario che è, in via generale, preposto alla salvaguardia della salute individuale e collettiva. Un'alternativa stringente, come si vede, che non concede spazio per soluzioni diverse e quodammodo mediane tra i poli estremi suddetti.*

È afflitto, pertanto, da una contraddizione insanabile l'avvio della campagna vaccinale e l'incoraggiamento martellante rivolto dalle autorità (con in testa il Capo dello Stato e il Governo) a sottoporsi al vaccino con il mancato riconoscimento del suo carattere obbligatorio, *per tutti*; ed il Governo farebbe bene pertanto ad assumersi fino in fondo le proprie responsabilità per la scelta compiuta ed i riflessi che ad essa conseguono. Perché, per ciò che attiene alla salute ed alla

---

<sup>23</sup> Nel mio *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in *Consulta OnLine*, 1/2022, 130 ss.

<sup>24</sup> Per il modo con cui la giurisprudenza costituzionale si pone davanti alle questioni scientificamente sensibili in ambito sanitario, v., di recente e per tutti, S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 355 ss.

<sup>25</sup> Copiosa la produzione di scritti a commento di questa nota decisione: v., almeno, gli scritti che sono in *Biolaw Journal*, 2/2016.

stessa vita delle persone, non può farsi distinzione alcuna di regime, imponendo il trattamento obbligatorio ad alcuni e non facendolo valere per altri: come se le vite umane e la salute abbiano un diverso peso a seconda delle persone...

Se, dunque, la situazione di fatto è quella che è, connotata da una diffusione a tutt'oggi particolarmente consistente e aggressiva del virus, e se gli uomini di scienza appaiono compatti nel patrocinare la bontà dei vaccini, messi in circolazione solo a seguito di scrupolosi controlli e considerati quali i mezzi più adeguati a far fronte alla pandemia, ebbene come si spiega che non se ne sia stabilita la obbligatorietà?

Si è preferito, di contro, spostare su altro fronte la guerra al virus, facendo luogo a problematici “bilanciamenti” tra la soluzione drastica di un rigido *lock-down* che, se portato fino alle sue ultime e coerenti conseguenze, avrebbe potuto far crollare i contagi, col costo però del disastro economico<sup>26</sup> e di un autentico *default* di Stato, e l'altra, pure comprensibile, di moderate aperture idonee a dare una boccata d'ossigeno ad un'economia afflitta da una crisi lacerante (specie con riguardo a taluni operatori<sup>27</sup>). Misure, tutte, che – sia chiaro – avrebbero ugualmente potuto (e dovuto) essere adottate, a completamento però – come si viene dicendo – di quella rigorosa ed efficiente sul versante dei vaccini.

### 3. *L'obbligo vaccinale alla luce di taluni orientamenti della giurisprudenza (con specifico riguardo alle indicazioni date dal Consiglio di Stato e dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana)*

È in questo quadro, qui sommariamente tracciato nelle sue linee maggiormente marcate, che s'inscrivono taluni interventi della giurisprudenza, essi pure espressivi di problematiche e sofferte operazioni di bilanciamento tra interessi pur tuttavia meritevoli di tutela. Ed è chiaro che a rendere non poco complessa l'effettuazione delle operazioni stesse ha concorso (e concorre) in rilevante misura proprio la mancanza dell'obbligo di cui qui si discorre.

Una particolare menzione va, al riguardo, riservata, in primo luogo, ad una nota decisione della Terza Sezione del Consiglio di Stato, la n. 7045 del 20 ottobre 2021, nella cui ampia ed articolata motivazione è dato cogliere alcuni punti di specifico interesse ai fini dello studio che si viene ora facendo<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Limitazioni gravi si sono – come si sa – avute specialmente per alcuni operatori economici ma il vero è che la pandemia, pur laddove non abbia richiesto la chiusura di determinati esercizi commerciali, ha comunque spiegato i suoi negativi effetti a tutto campo, con implicazioni anche di ordine istituzionale di non secondario rilievo (v., al riguardo, il chiaro quadro di sintesi che è in R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine*, 3/2020, 513 ss.).

<sup>27</sup> Altri, invece, con in testa le case farmaceutiche produttive dei sussidi sanitari legati alla malattia, ne hanno tratto – come si sa – un rilevante profitto.

<sup>28</sup> Tra i molti commenti alla decisione in parola, v. S. CAGGEGGI, *Premesse alla lettura della*

Fermo l'attenzione unicamente su quelli di maggior rilievo, dai quali possono aversi indicazioni utili a sostegno della tesi qui patrocinata.

Il primo ha riguardo al carattere dei vaccini in circolazione dei quali è rilevata, con insistita argomentazione, la sicurezza ed efficacia che sta a base e giustifica il rilascio dell'autorizzazione richiesta per la loro somministrazione. La circostanza, poi, che essa sia concessa *ad tempus* nulla toglie al "rigore scientifico e alla attendibilità delle sperimentazioni" precedenti il rilascio dell'autorizzazione stessa (p. 27.2)<sup>29</sup>.

Di qui, l'inversione del modo di operare del principio di precauzione in situazioni di emergenza, segnata da una dilagante diffusione del virus, che dà modo "al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi ..., assicurino più benefici che rischi" (p. 30.7)<sup>30</sup>. Resta, comunque, fermo che eventuali, seppur remoti, eventi avversi conseguenti alla pratica vaccinale, così come peraltro a qualunque trattamento farmacologico, non privano coloro che ne abbiano avuto un danno del diritto ad essere indennizzati (p. 44)<sup>31</sup>.

---

*sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza 20 ottobre 2021 n. 7045 sull'obbligo vaccinale*, in *Giustizia insieme*, 28 ottobre 2021; A. DE MATTEIS, *Dal Tribunale di Belluno al Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045. Uno sguardo sulla giurisprudenza in tema di obbligo di vaccino*, in *Labor*, 5 novembre 2021, e *ivi* altri riferimenti di giurisprudenza, nonché A. CAUDURO, *Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata e vaccinazione Covid-19 (nota a Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2021; G. SCARSELLI, *Nota a Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045*, cit.; V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Oss. cost.*, 6/2021, 286 ss.; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni sulla legittimità dell'obbligo vaccinale agli operatori sanitari (Nota a Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)*, in *Queste istituzioni*, 4/2021, 144 ss.

<sup>29</sup> Non è inopportuno al riguardo segnalare che non pochi studiosi negano che i vaccini in circolazione possano dirsi propriamente "sperimentali" proprio per il rigore scientifico che ne precede e consente l'utilizzo, opportunamente evidenziato dal giudice amministrativo.

<sup>30</sup> Fermano opportunamente l'attenzione sul principio in parola, tra gli altri, F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi*, 32/2020, 183 ss.; F. GAMBARDELLA, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2021, e V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, cit., spec. 292 ss.

<sup>31</sup> Sempre che, ovviamente, sia acclarato il nesso di causalità tra la somministrazione del siero e l'evento pregiudizievole per la salute. Ciò che si ha – non si dimentichi – pur laddove la vaccinazione sia meramente raccomandata [v., ad es., di recente, Corte cost. nn. 268 del 2017 e 118 del 2020; altri riferimenti in C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il SarsCov-2*, in *Dir. fond.*, 1/2022, 145 ss., spec. 157 ss., nonché in P. VERONESI, *I Trattamenti Sanitari Obbligatori, ovvero del circoscritto limite della libertà di salute*, cit., spec. 258 ss.; D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020)*, in *Oss. cost.*, 1/2021, 233 ss.; F. MEOLA, *Mai esimersi, quando si governa, dal fare i conti con le conseguenze delle proprie scelte. Note in tema di responsabilità e tutele per danni da vaccino anti-Covid nel*

Una speciale considerazione va, poi, prestata al rilievo col quale si smonta un luogo comune degli oppositori dei vaccini, che ha riguardo al difetto di conoscenze attuali in merito ad eventuali conseguenze dannose e persino letali che potrebbero aversene in futuro. Opportunamente, infatti, il giudice obietta che l'ignoto “non può dunque giustificare, né sul piano scientifico né sul piano giuridico, il fenomeno della esitazione vaccinale” (p. 30.9).

Alla luce di questi ed altri rilievi, si conclude quindi nel senso che sarebbe rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta riguardante l'obbligo vaccinale, peraltro non escluso – si tiene a precisare – anche in un parere reso dal Comitato Nazionale di Bioetica (p. 37.9).

Qui, è tuttavia – come si è venuti dicendo e si dirà ancora a momenti – il punto debole della pur incisiva argomentazione svolta, non dandosi il giusto rilievo all'apporto che i vaccini, proprio per le qualità di sicurezza ed efficacia di cui sono dotati, sono in grado di dare nella lotta alla pandemia, una volta che ne sia assicurata la massima diffusione possibile, la quale può essere assicurata unicamente dalla previsione dell'obbligo della loro somministrazione. Difettosa, invero, appare nella pronunzia in commento la rappresentazione della situazione di fatto e, ad essa conseguente, la valutazione del rapporto di congruità necessaria tra la stessa e le misure adottate per farvi fronte.

Detto altrimenti, la pur accurata pronunzia in esame seguita a mantenersi nel solco della tradizione teorica favorevole a preservare fino in fondo – pure in una drammatica situazione di emergenza, qual è quella segnata dalla pandemia in corso<sup>32</sup> – la libertà di apprezzamento del legislatore, a far salvo dunque l'antico mito o dogma della legge quale atto libero nel fine, politico *pleno iure* insomma.

---

*segno del valore costituzionale della solidarietà*, in *Nomos*, 3/2021; B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria*, in *Ceridap*, 8 febbraio 2022, § 4. Sulle vaccinazioni meramente raccomandate, v. ancora B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *Biolaw Journal*, 3/2019, 115 ss., e, più di recente, A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionale*, in *Dir. fond.*, 1/2021, spec. 506 ss.]. Argomento ulteriore, questo, a sostegno dell'obbligo qui patrocinato, dal momento che la collettività può trovarsi pur sempre chiamata ad una prestazione di solidarietà nei riguardi dei danneggiati, anche in difetto dell'obbligo dunque.

<sup>32</sup> Che nondimeno – è bene rammentare – nulla ha a che fare con lo “stato di eccezione”, nella sua ristretta e propria accezione [sulla questione, tra gli altri, A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quad. cost.*, 1/2020, 490 ss.; L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo stato d'eccezione*, in *Oss. fonti*, fasc. spec./2020, 471 ss.; V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria: un'analisi in chiave giuridico-positiva dell'esperienza...*, in *Dir. fond.*, 3/2020, 410 ss., e, pure *ivi*, dello stesso B., *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, 3/2021, 290 ss., e, ancora *ivi*, con riferimento al concetto di “emergenza costituzionale”, *Emergenza sanitaria ed emergenza costituzionale: tra teoria della Costituzione e pratica del diritto positivo*, 2/2021, spec. 464 ss.; nella stessa *Rivista*, G. ALBERICO, *Pandemia e stato d'eccezione*, 1/2022, 30 ss. Con specifica attenzione all'ordinamento spagnolo, v. inoltre M. CARRILLO, *Diritto di eccezione e sistema costituzionale in Spagna di fronte alla pandemia da COVID-19*, in *Costituzionalismo*, 2/2021, 1 ss.].

In parte analogo appare essere l'ordine di idee in cui si situa una pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, la ord. del 17 gennaio 2022, n. 38, che peraltro si dimostra essere largamente debitrice nei riguardi della decisione sopra richiamata del Consiglio di Stato<sup>33</sup>.

Qui pure, infatti, si contesta l'argomento opposto dal ricorrente che, avendo già contratto il virus, assumeva di essersi perciò procacciata una immunità perenne, tale da fondare la sua pretesa a non vaccinarsi<sup>34</sup>. Rileva al riguardo opportunamente l'organo giudicante la necessità di tenere ferma la pronuncia cautelare del TAR di rigetto della istanza del ricorrente, essendo comunque bisognoso di opportuna tutela l'interesse pubblico a precludere l'ingresso nelle strutture sanitarie di soggetti non vaccinati che potrebbero esporre al rischio del contagio tanto gli operatori sanitari quanto i pazienti ricoverati nelle strutture stesse. È pur vero, però, che l'obbligo in parola non sussiste in presenza di pericolo acclarato per la salute del soggetto che dovrebbe adempiervi<sup>35</sup>. La qual cosa dà – come si vede – conferma dei delicati bilanciamenti cui è necessario fare di volta in volta luogo, in ragione delle condizioni oggettive e soggettive in cui ciascun caso s'inscrive e va nel suo insieme valutato<sup>36</sup>.

Ad ogni buon conto, l'argomento di maggior peso opposto dal ricorrente e, ai fini dell'analisi che si va ora facendo, di maggior interesse è quello per cui i vaccini in circolazione avrebbero ancora carattere sperimentale, la qual cosa non sarebbe compatibile con la prescrizione dell'obbligo di sottoporvisi per talune categorie di persone, ostandovi la normativa dell'Unione europea (e, segnatamente, il regolamento 2021/953 del 14 giugno 2021) e l'art. 32, ult. c., Cost., laddove stabilisce che la disciplina legislativa con cui è previsto un trattamento sanitario obbligatorio “non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Ora, per un verso, il riferimento fatto alla disciplina eurolunitaria sopra men-

---

<sup>33</sup> Sulla decisione, v., part., la nota di B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria*, cit.

<sup>34</sup> Condizione richiesta perché potesse svolgere il tirocinio formativo presso una struttura sanitaria, prescritto al fine del completamento dei suoi studi in Scienze infermieristiche.

<sup>35</sup> Pericolo di cui però, nella circostanza in parola, non si aveva alcuna riprova.

<sup>36</sup> Un tentativo in tal senso è, peraltro, ora fatto da una pronuncia del TAR Lombardia, Sez. I, del 14 febbraio 2022, n. 192, di rimessione di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 4, IV c., D.L. n. 44 del 2021, conv. con modifiche dalla legge n. 76 del 2021, nella parte in cui prevede la sospensione immediata dall'esercizio delle professioni sanitarie conseguente all'inadempimento dell'obbligo vaccinale. In specie, si denuncia la mancata previsione della “possibilità di svolgere l'attività professionale con modalità tali da non implicare contatti interpersonali o comunque il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2”. Si fatica, tuttavia, a capire come, in particolare per il personale in parola, per un verso, si possano evitare del tutto i contatti interpersonali e, per un altro verso (e soprattutto), come si possa parare del tutto il rischio del contagio.

zionata<sup>37</sup> – come ha rilevato un’accreditata dottrina<sup>38</sup> – appare improprio, sol che si consideri che la stessa fa “salva la competenza degli Stati membri di imporre restrizioni per motivi di salute pubblica”; quand’anche, poi, il riferimento suddetto si ritenesse fondato, ugualmente alla efficacia del diritto sovranazionale in ambito interno potrebbe opporsi, nella circostanza odierna, l’arma dei “controllimiti”<sup>39</sup>, trattandosi di dover salvaguardare – *costi quel costi* – il bene primario della vita e della salute delle persone avverso atteggiamenti egoistici e irrazionali<sup>40</sup>.

Per un altro verso, l’introduzione dell’obbligo vaccinale, lungi dal recare un *vulnus* all’art. 32, ne rispetta a mio modo di vedere le indicazioni, conciliando in misura apprezzabile l’interesse individuale, *nella sua oggettiva connotazione*, e quello collettivo. È pur vero, poi, che l’autorizzazione alla somministrazione dei vaccini ha carattere temporalmente circoscritto (un anno) e, per ciò stesso, parrebbe confermarne il carattere sperimentale. Rifacendosi sul punto ad una indicazione già presente, come si è veduto, nella pronunzia sopra richiamata del Consiglio di Stato, anche la decisione ora in esame fa tuttavia presente che, non per ciò, ne risulta inficiato il rigore scientifico delle relative sperimentazioni, avvalorato peraltro dai fatti, in ispecie dalla efficacia dei vaccini nel contrastare la malattia che, pur laddove si manifesti, si presenta nella stragrande maggioranza dei casi con sintomi lievi o addirittura impercettibili, nel mentre – come si diceva – risultano drasticamente abbattute le probabilità del contagio. Diversamente, però, dal giudice di Palazzo Spada, quello palermitano non nasconde di nutrire dubbi in merito a riguardo di eventuali “effetti collaterali gravi e anche letali” conseguenti alle vaccinazioni, specie in presenza di un quadro sanitario parzialmente diverso da quello oggetto della decisione n. 7045, sopra richiamata, segnato dalla diffusione della variante *omicron*, in relazione alla quale si fa notare che i vaccini non sarebbero “aggiornati”, nel mentre si prefigura la necessità di ripetute e ravvicinate somministrazioni conseguenti alla ridotta efficacia temporale degli stessi.

Pur muovendo – come si è veduto – dagli acclarati benefici discendenti dai vaccini, la pronunzia ora in esame, al termine di un lungo (e, forse, sofferto) itinerario argomentativo, perviene alla sponda opposta, del dubbio in merito al carattere nocivo della inoculazione per il singolo ed al vantaggio per la salute

<sup>37</sup> Alla quale, peraltro, si è richiamato anche il Tribunale di Padova nella ord. del 7 dicembre 2021 di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

<sup>38</sup> M. LUCIANI, *Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato*, Studio effettuato per conto del Servizio Ricerca del Parlamento europeo, gennaio 2022, 49 s.

<sup>39</sup> Ne prospetta l’eventuale discesa in campo A. MORELLI, Intervento al *forum* su *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, cit., 281, seppur all’interno di un quadro ricostruttivo diverso da quello in cui si situa la riflessione che si va ora facendo. Lo stesso A., peraltro, opportunamente richiama alcune pronunzie della Corte EDU, in ispecie *Abgrall e 671 altri v. Francia*, ed una del *Conseil constitutionnel* di rigetto della pretesa di non vaccinarsi di alcuni operatori sanitari francesi.

<sup>40</sup> Puntuali rilievi sul punto in S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell’obbligo di vaccinazione contro il COVID-19*, in [www.laCostituzione.info](http://www.laCostituzione.info), 28 agosto 2021.

della collettività. A conti fatti, si rimette dunque in discussione il rapporto di proporzionalità tra rischi e benefici, con la conseguenza di doversi allo scopo effettuare un'indagine istruttoria particolarmente approfondita e relativa a più punti indicati in modo dettagliato<sup>41</sup>.

Ora, in un quadro, qual è quello odierno, caratterizzato dal carattere non obbligatorio della vaccinazione, la conclusione “amletica” cui il giudice palermitano perviene può obiettivamente produrre – al di là, ovviamente, delle reali intenzioni dallo stesso coltivate – l'effetto di scoraggiare per l'istante quanti non si siano ancora vaccinati o non abbiano completato il ciclo al riguardo previsto dal farvi luogo. Non va, tuttavia, perso di vista, neppure per un momento, che la vaccinazione mira pur sempre a centrare in un sol colpo un duplice obiettivo: la salvaguardia della salute di chi vi si sottopone – *ne abbia o no consapevolezza* – e quella dell'intera collettività, in piena rispondenza alla pregnante definizione che della salute stessa dà l'art. 32 della Carta, qualificandola a un tempo quale diritto fondamentale del singolo e interesse di tutti<sup>42</sup>: un interesse – tengo a ribadire con fermezza – che non può essere, in alcun caso o modo, posposto alle pretese del singolo, tanto più poi, come qui, laddove risultino destituite di fondamento razionale<sup>43</sup>. In ogni caso, i potenziali (e, comunque, estremamente contenuti) rischi di eventi avversi per coloro che si sottopongano alla vaccinazione<sup>44</sup> vanno bilanciati con i benefici per l'intera collettività conseguenti alla vaccinazione stessa, della cui esistenza – come si è poc'anzi segnalato – gli stessi giudici amministrativi si mostrano avvertiti<sup>45</sup>. Non si dimentichi poi, a quest'ultimo riguardo, che la mancata previsione dell'obbligo qui patrocinato, in aggiunta ai contagi, ha

---

<sup>41</sup> La qual cosa, poi, ulteriormente avvalora, per la sua parte, l'idea secondo cui, specie sulle questioni scientificamente sensibili, la verifica della “non manifesta infondatezza” tende naturalmente a convertirsi nel suo opposto, vale a dire in “manifesta fondatezza” (sulla questione, nei suoi termini generali e per riferimenti di giurisprudenza, può ora vedersi A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, Torino 2022, 277 ss.; con specifico riguardo al caso odierno, v., poi, B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria*, cit., § 4).

<sup>42</sup> Il punto è messo opportunamente a fuoco anche da chi, come C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il SarsCov-2*, cit., 145 ss., spec. 154, pure si dichiara contrario alla introduzione di un obbligo generalizzato di vaccinazione. Su di che, per vero, convengo anch'io, con la non secondaria precisazione però che dal raggio d'azione del vaccino siano esclusi *unicamente* i soggetti che – come si è già rilevato –, per età o gravi ed acclarati motivi di salute, non possono sottoporvisi.

<sup>43</sup> Sul punto, v., ora, almeno, G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, cit., spec. 354 ss., che prospetta la illegittimità non già del carattere obbligatorio ma, appunto, di quello facoltativo della previsione del vaccino.

<sup>44</sup> E che – come si rammentava poc'anzi – non privano, ad ogni buon conto, il soggetto leso del giusto indennizzo.

<sup>45</sup> Questi rilievi, già presenti nella sent. n. 7045 del Consiglio di Stato, sono stati ancora di recente (*e pur in presenza della variante omicron*) ribaditi dalla ord. dello stesso Consiglio n. 397 del 4 febbraio 2022.

comportato (e potrebbe ancora comportare per effetto di nuove ondate di diffusione del virus) un pregiudizio considerevole per quanti, pur avendo problemi seri di salute, come i malati oncologici o i cardiopatici, non hanno potuto (e potrebbero non) godere della necessaria, piena assistenza a motivo del numero considerevole dei ricoveri ospedalieri e, in ispecie, dell'intasamento delle terapie intensive da parte dei pazienti covid che hanno obbligato gli operatori sanitari a mobilitarsi per darvi soccorso<sup>46</sup>.

4. *Una succinta notazione finale a riguardo del carattere “sperimentale” (o, meglio, in progress) sia dei vaccini che delle misure normative adottate per far fronte alla pandemia, nonché (e di conseguenza) dell'attività di giudizio volta al riscontro della loro validità*

Insomma, la campagna vaccinale avrebbe dovuto e ancora oggi dovrebbe correre spedita, al massimo delle sue capacità, sì da poter dare il suo rilevante apporto, unitamente alle altre misure già indicate, alla lotta al virus, pur nel carattere “sperimentale” (o, diciamo meglio, *in progress*) della ricerca dei rimedi allo scopo maggiormente adeguati.

Ciò che, nondimeno, va messo, una buona volta in chiaro e non perso mai di vista, è che la scienza, specie in taluni campi di esperienza, *procede sempre per “sperimentazioni”* e consegna “verità” pur tuttavia condizionate, allo stato delle conoscenze man mano acquisite, restando per sua indeclinabile vocazione soggetta – secondo la magistrale indicazione di K. Popper – alla sua possibile “falsificazione”, persino dunque nell'ambito delle scienze c.d. “esatte” che anzi – come si è tentato di mostrare altrove<sup>47</sup> – sono forse *meno “esatte”* (nel senso dell'attitudine dei loro ritrovati a durare nel tempo) rispetto a quelle umano-sociali. Un carattere, questo, che poi – come si è veduto – si riflette sulla stessa Costituzione (e la sua interpretazione) in relazione ai casi in cui si faccia questione della sua applicazione a vicende processuali scientificamente sensibili.

L'evolversi della situazione di fatto, in ispecie l'affermazione di varianti continuamente cangianti (tra le quali la *omicron* o altre che dovessero un domani disgraziatamente aversi), impone, dunque, una riconsiderazione costante della stessa e, perciò, la verifica della validità *allo stato delle cose* delle misure normative adottate per contrastare la pandemia. D'altro canto, non ci si sorprenda se le

<sup>46</sup> È stato opportunamente rammentato da un'accreditata dottrina (A. D'ALOIA, *Costituzione e diritti nella pandemia*, in AA.VV., *La tempesta del Covid. Dimensioni bioetiche*, a cura dello stesso A. D'Aloia, Milano 2021, 116) che, per effetto della pandemia, si sono avuti (e potranno ancora aversi) “sul terreno della salute ... dislivelli e asimmetrie di tutela molto pesanti”. In un non dissimile ordine d'idee, nella sostanza, ora, anche F. GIRELLI, F. CIRILLO, *Immuni e green pass. Prospettive di bilanciamento nella pandemia*, in *Consulta OnLine*, 1/2022, 147 ss.

<sup>47</sup> V., nuovamente, il mio *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, cit., spec. 130 ss.

misure stesse vanno incontro a continui e talora frequenti aggiustamenti e persino a radicale ripensamento; sarebbe, anzi, singolare che restassero *quodammodo* “pietrificate” malgrado il mutamento nel frattempo registratosi nella situazione di fatto. Ciò che le esporrebbe al rischio della loro caducazione in sede giudiziaria per vizio d’irragionevolezza<sup>48</sup>. L’esperienza, peraltro, insegna che non di rado anche leggi che al momento della loro adozione sembravano dotate di lungo respiro temporale e solida aspettativa di perdurante vigenza, ovvero sia non venute alla luce per far fronte ad una situazione di emergenza, sono poi state fatte oggetto anche di corpose modifiche e persino puramente e semplicemente rimosse essendosi dimostrato l’“impatto” sociale da esse avuto ben diverso da quello che ci si attendeva.

Tutto ha, insomma, carattere in maggior o minor misura “sperimentale” (in senso lato) e transeunte: è del tutto fisiologico che sia così, e conferma che il medesimo carattere sia proprio di ogni attività di giudizio, in ispecie di quelle poste in essere in occasione dei controlli di costituzionalità sulle leggi<sup>49</sup>, tanto più appunto laddove si tratti di far luogo al riscontro della “ragionevolezza scientifica” delle misure portate alla cognizione del giudice delle leggi<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> D'altronde, la giurisprudenza ha da tempo messo in chiaro (specie con riguardo alla gestione delle emergenze) che tra norma e fatto deve intrattenersi un rapporto costante di congruità necessaria, dovendosi pertanto la prima mostrare in ogni tempo adeguata al secondo.

<sup>49</sup> Si è tentato di argomentare altrove la tesi secondo cui oggetto dei giudizi di costituzionalità è la “situazione normativa”, quale risultante da un *mix* di materiali normativi e fattuali che ne dà la complessiva caratterizzazione in ragione dei casi (v., dunque, volendo, ora, A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., spec. 105 ss.). Di qui, poi, la conseguenza, che linearmente ne discende, del carattere relativo del giudicato costituzionale che viene a formarsi ed a radicarsi unicamente in relazione alla “situazione normativa” di volta in volta fatta oggetto di sindacato (così, nei miei *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990, spec. 107 ss., e *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther, Torino 2011, 349 ss.).

<sup>50</sup> Su di che, tra gli altri, S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4/2009, 817 ss., e C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Riv. AIC*, 2/2016, 1 ss.



# Green pass ed obbligo vaccinale, nel prisma delle scienze razionali

di Roberta Lombardi e Fabrizia Santini\*

SOMMARIO: 1. Il metodo di indagine, oltre il sentimentalismo. – 2. Dalla «fede di sanità» al «green pass». Cinque secoli di passaporto sanitario. – 3. L'evoluzione normativa e l'eterogenesi dei fini. – 4. Tra *green pass* ed obbligo vaccinale: il pendolo legislativo e la “spinta gentile”. – 5. Segue. O la (necessaria) tutela nei confronti della responsabilità per danni da vaccino. – 6. “Comunità del rischio” ed ambienti di lavoro: la schizofrenia normativa.

## 1. *Il metodo di indagine, oltre il sentimentalismo*

A fronte di una curva epidemiologica dall'andamento instabile ed il dilagare di nuove varianti del virus Sars-Cov- 2, il Governo ha dovuto periodicamente ri-valutare le politiche di contenimento del contagio, con il dichiarato intento di «garantire alle imprese e alle attività commerciali di rimanere aperte».

È stata avviata da ultimo una terza campagna di vaccinazione (estesa a tutti i cittadini sopra gli undici anni, ma anche ai bambini tra i cinque e gli undici), “sostenuta” dalla contestuale riforma delle regole per l'ottenimento del cd. «*green pass*»<sup>1</sup>.

Stante la perdurante mancanza di un obbligo vaccinale generalizzato imposto per legge, tramite il costante adattamento della disciplina prevista per il cd. certificato verde – durata e condizioni per ottenerlo –, il Governo punta ad indurre il maggior numero di persone ad intraprendere il ciclo vaccinale o a completarlo. Possedere un *green pass* rappresenta oggi infatti l'unica via per godere di una serie di servizi e per poter svolgere, in molti casi, la propria attività lavorativa.

Queste brevi osservazioni intendono dunque inquadrare le questioni relative all'adozione di questa misura, quale strumento equivalente e/o sostitutivo

---

\* Pur essendo il lavoro frutto di comuni riflessioni, i paragrafi n. 2, 3 e 6 sono a cura di F. Santini e i paragrafi 1, 4 e 5 a cura di R. Lombardi.

<sup>1</sup> Su una più precisa ricostruzione normativa dei provvedimenti in esame cfr. A.M. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *Federalismi*, n. 21/2021. Più di recente, sullo stesso tema, I. SPADARO, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *Federalismi*, n. 29/2021, 52, secondo cui «questo schema normativo – che C. Cost., 23 settembre 2021, n. 198 ha giudicato conforme al principio di legalità – ha dapprima affiancato e, poi, marginalizzato il ricorso a strumenti che, pure, erano già stati più volte utilizzati, quali le ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della Salute ex art. 32 legge 23 dicembre 1978, n. 833, e le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile ex art. 5 cod. prot. civ.». Sul punto si rinvia a M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, Osservatorio emergenza Covid, marzo 2020, 2 ss., e A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena, 2020, *passim*.

dell'obbligo vaccinale<sup>2</sup>, valutandone i riflessi sul piano dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, liberando tuttavia il discorso da ogni precomprensione inquinante o sentimentalismo giuridico che poco si addicono ad una scienza razionale, quale dovrebbe essere appunto quella del diritto<sup>3</sup>.

La precisazione è doverosa se si considera che alcuni intellettuali – di diversa estrazione e orientamento – hanno pubblicamente manifestato, in piazze reali e virtuali, una netta posizione di contrarietà nei confronti della normativa nazionale che, estendendo progressivamente l'operatività del certificato verde dalla sfera dei viaggi all'estero<sup>4</sup> a molteplici attività interne di carattere produttivo e/o sociale, avrebbe finito per introdurre un controllo senza precedenti della vita sociale e una limitazione del nucleo essenziale delle libertà fondamentali, arrivando ad integrare un vero e proprio diritto «dispotico» dell'emergenza<sup>5</sup>.

Le questioni sono delicate e non possono certo essere liquidate sulla base di semplicistiche, se pur meritevoli, affermazioni di prevalenza della tutela dell'interesse pubblico.

Pare invece più opportuno confrontarsi con tali posizioni critiche spostando il quadro delle riflessioni su scenari più ampi, tanti sono i profili di interesse che vengono in rilievo, trasversali ai diversi ambiti del diritto.

Certo è – come rileva correttamente Habermas<sup>6</sup> – che «se in tempi di normalità anche l'opportunismo di un potere senza fantasia può bastare a far funzionare la baracca» in tempi straordinari tutto si complica e il “sovranoismo vaccinale” diventa, in realtà, la specifica declinazione di un più generale discorso sulla necessità di ripensare al processo accelerato di trasformazione delle “tecnocrazie neoliberali”, plasmate dal mercato, in vere e proprie “tecnocrazie della crisi”.

---

<sup>2</sup> La qualificazione del *green pass* in termini di misura equivalente si legge in A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)*, n. 3/2021, 432 s.

<sup>3</sup> Sulla razionalità come elemento caratterizzante il diritto cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, 1966.

<sup>4</sup> Secondo quanto in origine previsto dal Regolamento UE 2021/953. Inizialmente richiesto soltanto per ingresso e uscita dalle aree del territorio nazionale ancora caratterizzate da criticità intense e solo per le ipotesi in cui lo spostamento non fosse sorretto da determinate giustificazioni, conformemente alle disposizioni eurounitarie, la «certificazione verde COVID-19» a partire dal luglio 2021 è divenuta *conditio sine qua non* per lo svolgimento di una serie sempre più numerosa di attività, come si dirà nel proseguo.

<sup>5</sup> Sul punto, *amplius*, si rinvia a A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino, 2021, in particolare pag. 67 e ss.

<sup>6</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Bari- Roma, 2013, 76, su cui *adde*, A. CANTARO, *Postpandemia*, cit. 68. .

## 2. Dalla «fede di sanità» al «green pass». Cinque secoli di passaporto sanitario

Il primo decreto legge di istituzione, il d.l. 22 aprile 2021, n. 52, consentiva a chi fosse provvisto di certificato verde di spostarsi liberamente tra i Paesi europei e dell'area di Schengen. L'intervento normativo era in linea con le disposizioni europee ed in particolare con il Regolamento Ue 2021/953, di cui rappresentava una mera applicazione. Non solo. Riproponeva oggi una più risalente strategia di contenimento delle epidemie, inaugurata cinque secoli addietro.

È datato infatti 27 agosto 1599 quello che potrebbe essere il più antico «certificato verde» della storia. Compilato dal Provveditore alla sanità di Chioggia, Giovanni Battista Vianello, consentiva la libera circolazione delle persone non contagiate dalla epidemia di peste. Un altro documento simile, datato 14 maggio 1630, autorizzava invece la Confraternita della Morte di Montecosaro a recarsi alla Santa Casa di Loreto in occasione della festa di San Bonifacio. Vengono menzionate le «fede di sanità» anche in un «Avviso per causa di sanità» della città di Ferrara del 27 luglio 1682<sup>7</sup>: si tratta dei «lasciapassare» che Giacomo Olivi, deputato alla Sanità nella città di Treviso, nel 1712 riteneva fondamentali per contenere il diffondersi della peste bovina: «l'uso delle fede di sanità e la separazione tra soggetti sani e potenzialmente infetti costituiscono l'unica via percorribile» per far «svanire tutta l'apprensione di questo incomodo», affermava il magistrato, sebbene questa sia, si affrettava poi a precisare, una «precauzione più facile da raccomandare e da imporre che da rispettare»<sup>8</sup>.

I «passaporti sanitari» divengono ben presto fulcro del sistema di protezione delle comunità ancora non contagiate dalle epidemie. Esistevano due tipi di documenti: la fede di sanità, per chi viaggiava via terra, e la patente di sanità, che era richiesta a chi proveniva dal mare, per attestare che la città o il porto di provenienza fossero liberi dalla peste. I *provisores salutis venetianorum* certificavano che chi partiva da un dominio (veneziano<sup>9</sup>) fosse partito da una città «sana e libera

<sup>7</sup> In corrispondenza di «rastelli», posti di blocco alle porte delle città o su confini territoriali, guardie o civili delegati avevano il compito di verificarne il possesso da parte di ogni viaggiatore, libero di circolare senza costituire pericolo di contagio, così allo stesso tempo tracciando il percorso di ogni persona su brevi e lunghe distanze.

<sup>8</sup> Sarà Papa Leone XII, durante l'epidemia di vaiolo, a far mettere i «cancelletti» alle osterie, per vietare gli assembramenti: davanti ai cancelletti potevano sostare all'aperto non più di tre avventori e per il solo tempo necessario per una «fojetta».

<sup>9</sup> Molto di quanto oggi si conosce in termini di organizzazione e gestione sanitaria delle epidemie si deve a Venezia. Fin dal XIV secolo in laguna era già noto il concetto di contagio ed il nesso intercorrente tra spostamenti delle persone ed epidemie. Di tal che, è proprio ai funzionari della Serenissima che si deve la «quarantena»; la prima soluzione messa in campo per frenare il diffondersi delle epidemie. Resisi conto che la peste arrivava in città attraverso le navi provenienti da Oriente, merci ed equipaggi venivano posti per quaranta giorni in un luogo separato dalla popolazione. L'epidemia di peste causata da alcuni marinai o mercanti che elusero la quarantena ai porti indusse poi l'autorità sanitaria della città ad impedire l'ingresso nel proprio territorio a chi non possedeva i «passaporti sanitari».

da ogni sospetto di mal contagioso» e che quindi «in cadaun luogo capiteranno li si potrà dare libera e sicura pratica».

L'interesse alla circolazione delle sole persone dotate dei certificati di sanità era prettamente economico: in caso di diffusione di una epidemia, le ripercussioni per il commercio locale sarebbero state disastrose mentre, viceversa, essere una città libera da contagi, come accadde a Visso nel 1866, ne accresceva le potenzialità economiche. Di qui la previsione di una sanzione particolarmente severa in capo a chi trasgrediva le regole, la pena di morte.

Il sistema dei passaporti sanitari presto si diffuse e venne utilizzato da moltissime città d'Europa, combinandosi con altri provvedimenti adottati dai governi cittadini nei momenti più complicati delle epidemie, quali l'isolamento ed il sequestro domiciliare; la quarantena e la cura nei lazzaretti; i bandi di sanità, ovvero i manifesti che impedivano viaggi per determinate città.

Il *green pass* vanta dunque una storia lunga almeno cinque secoli; cambia nel tempo nome e aspetto ed oggi, dopo quasi cento anni dall'ultima epidemia, anche la propria funzione, finendo per indurre ad affermare la sostanziale diversità tra il primo certificato verde e quelli che sono stati successivamente disciplinati<sup>10</sup>.

### 3. *L'evoluzione normativa e l'eterogenesi dei fini*

Il d.l. 105/2021 infatti, allo scopo di «fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19» ma soprattutto «per l'esercizio in sicurezza delle attività sociali ed economiche», arriva ad imporre il *green pass* per l'accesso ad una serie di attività, perseguendo finalità affatto diverse dalla libera circolazione delle persone, tra i Paesi Ue.

La certificazione verde diviene condizione necessaria per partecipare alle prove selettive di concorsi pubblici; accedere a ristoranti, sagre, fiere, musei, palestre, sale gioco, strutture sanitarie, istituti d'istruzione scolastica e universitaria, alberghi e strutture ricettive; effettuare spostamenti a bordo di aerei, autobus, navi, traghetti e treni, ivi compresi, a decorrere dal 6 dicembre 2021, i mezzi del trasporto pubblico locale ed interregionale.

Con il successivo decreto legge n. 172/2021, le suddette attività sono state poi riservate ai soli possessori del c.d. *green pass «rafforzato»* o *super green pass* (rilasciato a seguito di vaccinazione o guarigione); e, ancora, dalla metà di ottobre il mancato possesso del certificato (anche solo nella versione “base”, per la quale resta sufficiente il tampone) determina la sospensione legale del rapporto di lavoro, al pari di quanto stabilito già nel mese di maggio, per i casi di mancata vaccinazione di talune categorie professionali (operatori sanitari, soccorritori,

<sup>10</sup> A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale*, cit., 21.

personale penitenziario, di polizia e pubblica sicurezza, militari, dipendenti degli istituti di istruzione e formazione)<sup>11</sup>.

A fronte di una recrudescenza epidemiologica del *virus* e di accresciute esigenze di contenimento dei contagi, nel primario interesse di «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e di assistenza», il più recente d.l. n. 1 del 7 gennaio 2022, infine, ha rafforzato la normativa di contenimento dei contagi con l'estensione dell'obbligo vaccinale per tutti gli *over 50* residenti nel nostro Paese, occupati (i quali dovranno esibire il *super green pass* per andare al lavoro)<sup>12</sup> o non occupati, estendendolo, senza limite di età a tutto il personale, docente e non docente dell'Università equiparato, così, a quello della scuola, della sanità e del comparto sicurezza.

#### 4. *Tra green pass ed obbligo vaccinale: il pendolo legislativo e la "spinta gentile"*

Le linee della strategia governativa a questo punto della evoluzione della legislazione emergenziale possono dirsi definite: dalla mera raccomandazione si è passati all'obbligo vaccinale per una categoria determinata di lavoratori per poi puntare tutto sull'imposizione del *green pass*, nei confronti dei cittadini fruitori di taluni servizi e per l'esecuzione della prestazione lavorativa. E la questione dell'obbligo vaccinale riemerge solo saltuariamente nel dibattito politico.

Il pendolo legislativo ha oscillato dunque tra la raccomandazione, rafforzata da efficaci "pungoli" di limitazione all'esercizio di attività quotidiane, e l'obbligo vaccinale esteso a determinate categorie di soggetti, nel prioritario tentativo di arginare il fenomeno, abbastanza ricorrente negli ultimi anni, della c.d. esitazione vaccinale (*vaccine hesitancy*)<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> L'obbligo scatta a partire dal 15 febbraio. L'obbligo di vaccino non si applica, naturalmente, a chi, per motivi di salute, non può avere somministrati i farmaci utilizzati per l'immunizzazione, ma anche a chi, guarito dal Covid, dovrà attendere prima di poter ricevere la vaccinazione.

<sup>12</sup> Sono previste sanzioni pecuniarie per chi si reca sul posto di lavoro senza essere in possesso del *green pass* rafforzato che viene rilasciato a chi è vaccinato o guarito dal Covid. L'obbligo scatta non soltanto per coloro che, all'entrata in vigore del provvedimento, hanno già 50 anni ma anche per chi li compirà entro il 15 giugno 2022.

<sup>13</sup> Fenomeno manifestatosi fin sin dall'introduzione, nel Settecento, delle prime terapie vaccinali contro il vaiolo ed oggetto di studio, ormai da anni, da parte del gruppo di esperti Sage (*Strategic Advisory Group of Experts on Immunization*) nominato nel 2012 dall'OMS – Organizzazione Mondiale della Sanità. La c.d. esitazione vaccinale ha un genesi multifattoriale, comprende vari atteggiamenti ideologici, culturali, religiosi, filosofici, frutto, da un lato, di una irrazionale sfiducia nei confronti della scienza e, più in generale, dei "tecnici", portatori di un sapere specialistico, avvertiti come titolari di un potere ritenuto inaccessibile e, in quanto tale, elitario ed antidemocratico ("*nam et ipsa scientia potestas est*", "*sapere potere*", secondo l'antica massima baconiana), con il rifiuto di un sapere-potere "costituito" e la ricerca di conoscenze altre, alternative, nascoste ai

Non avrebbe potuto d'altro canto essere diversamente. La scienza giuridica ha riflettuto le tante incertezze che la stessa scienza medica ha scontato e per certi versi continua a scontare nei confronti della pandemia. Ed ha attuato di momento in momento l'unica soluzione idonea a coagulare un accordo tra le diverse forze politiche, ancora lontane da un consenso unanime sulla opportunità di introdurre *ex lege* un generalizzato obbligo di vaccinazione e forse impossibilitate a farlo dalla effettiva e piena disponibilità delle dosi necessarie e dalle preoccupazioni legate al percorso di sperimentazione.

«A fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro» leggiamo nella pronuncia della Corte costituzionale n. 5 del 2018, «rientra nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione». Non è dunque di scelta costituzionalmente legittima o illegittima che occorre discutere, ma soltanto di una scelta “politica”.

La Corte costituzionale ha riconosciuto ampio spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace delle malattie infettive «potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo» (Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5). Questa discrezionalità, continua la Corte, deve essere però esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, sempre in evoluzione, della ricerca medica. Ciò implica che, mutate le condizioni, così come sono mutate con l'evoluzione e la diffusione dei vaccini, la scelta operata dal legislatore potrebbe essere rivalutata e riconsiderata, anche a favore di una legge impositiva di un trattamento sanitario, da considerarsi costituzionalmente legittimo, se diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma soprattutto a preservare lo stato di salute degli altri.

Sempre secondo la Corte poi in questa eccezionale situazione di emergenza sanitaria, «la discrezionalità del legislatore nel disegnare misure di contrasto della pandemia, bilanciando la tutela di interessi e diritti in gioco, è più ampia che in condizioni ordinarie»<sup>14</sup>.

E ancora, sembrano particolarmente significativi i passaggi decisionali in cui la Corte Costituzionale afferma che, in tema di trattamenti vaccinali, la tecnica

---

più, e, dall'altro, anche il portato di una visione icasticamente definita “onnivora” dell'autodeterminazione, assoluta e solipstica, insofferente di vincoli ed obblighi che contemplino la visione più vasta dell'intero ordinamento e degli altri individui, secondo, invece, una fondamentale e doverosa declinazione solidaristica. Così si legge in Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in Guida al Diritto, 2021, 42.

<sup>14</sup> Corte Cost. 11 novembre 2021, n. 213.

dell'obbligatorietà e quella della raccomandazione possono essere «sia il frutto di concezioni parzialmente diverse del rapporto tra individuo e autorità sanitarie pubbliche, sia il risultato di diverse condizioni sanitarie della popolazione di riferimento, opportunamente accertate dalle autorità preposte. Nel primo caso, la libera determinazione individuale viene diminuita attraverso la previsione di un obbligo, assistito da una sanzione. Tale soluzione – rimessa alla decisione delle autorità sanitarie pubbliche, fondata su obiettive e riconosciute esigenze di profilassi – non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento obbligatorio sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche quello degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione dell'autodeterminazione del singolo<sup>15</sup>. Nel secondo caso, anziché all'obbligo, le autorità sanitarie preferiscono fare appello all'adesione degli individui a un programma di politica sanitaria. La tecnica della raccomandazione esprime maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale (...) e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell'art. 32 Cost., ma è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo».

Ciò che la Corte mette poi in rilievo è come la differente impostazione delle due tecniche non incida sull'obiettivo essenziale che entrambe perseguono nella profilassi delle malattie, ossia il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale e, sotto questo profilo, non sembra essere lecito rinvenire alcuna differenza “qualitativa” tra obbligo e raccomandazione. Nel senso che l'obbligatorietà del trattamento vaccinale diviene solo uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche volte al perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari di quello della raccomandazione.

I diversi attori (autorità pubbliche e individui) «finiscono per realizzare l'obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia indipendentemente dall'esistenza di una loro specifica volontà di collaborare, e resta del tutto irrilevante, o indifferente, che l'effetto cooperativo sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all'intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito<sup>16</sup>.

Prevarrebbe dunque su tutti l'effetto “persuasivo” della certificazione verde, l'essere parte dei quei possibili interventi messi in atto dalle istituzioni pubbliche, le quali, sulla base di un “paternalismo libertario”, diventano architetti delle scelte per influenzare il comportamento degli individui in modo da migliorarne il benessere e le condizioni di vita. Con la precisazione, tuttavia, che, per rientrare

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte Cost. n. 107 del 2012, n. 226 del 2000, n. 118 del 1996, n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990.

<sup>16</sup> In tal senso Corte Cost. n. 107 del 2012.

negli schemi della *nudge regulation* tecnicamente intesa, l'influenza sulla decisione dell'individuo deve essere relativamente tenue, indulgente o poco invadente, una "spinta gentile", secondo il linguaggio dell'economia comportamentale, tale per cui le scelte non vengono bloccate, impedito o rese eccessivamente onerose<sup>17</sup>. E – sia detto anche solo per inciso – sulla vicenda del *green pass* gli schemi normativi adottati per la persuasione non sembrano esattamente attagliarsi alla definizione.

Nella recente decisione del Consiglio di Stato, relativa alla controversia nella quale operatori sanitari non ancora sottoposti alla vaccinazione obbligatoria contro il virus Sars-CoV-2<sup>18</sup> contestano gli atti con i quali le Aziende Sanitarie hanno inteso dare applicazione, nei loro confronti, dell'obbligo vaccinale c.d. selettivo previsto dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, i giudici di Palazzo Spada hanno avuto modo, tra l'altro, di precisare che «la trasparenza delle informazioni scientifiche, le campagne di sensibilizzazione, le 'spinte gentili' – c.d. *nudge* – alla vaccinazione, mediante un sistema di incentivi o disincentivi, come mostra il recente indirizzo dell'economia comportamentale, sono tutti elementi di sicuro impatto, e spesso di forte incidenza anche sulle libertà costituzionalmente garantite, che tuttavia concorrono a favorire il consenso informato nei singoli nelle decisioni sanitarie e, insieme, il formarsi di una coscienza collettiva favorevole alla necessità di vaccinarsi e di una profilassi generalizzata contro malattie altamente contagiose e non di rado mortali, creando nei cittadini fiducia (c.d. *confidence*) nella sicurezza e nell'efficacia dei vaccini».

Non si può non essere concordi, in linea torica, che «la formazione del consenso informato in ciascuno e l'adesione convinta dei più alla vaccinazione, sulla base delle informazioni rese disponibili dalla comunità scientifica e all'esito di una serena valutazione circa il rapporto tra rischi e benefici della vaccinazione all'interno della comunità e delle istituzioni democratiche, costituiscono certo la soluzione migliore e preferibile per combattere la malattia perché esaltano, da un lato, il ruolo di una scienza non chiusa in sé, nell'idolatria di un elitario scienziato, ma aperta al dibattito civile e partecipe al progresso morale e materiale dell'intera società e, dall'altro, valorizzano il fondamentale ruolo dell'autodeterminazione in sintonia, e non già in conflitto, con il principio di solidarietà».

Tuttavia sembra lecito dubitare che proprio la luce della trasparenza nella comunicazione, sia degli esperti sia dei decisori politici (e amministrativi), nelle vicende in questione abbia brillato per chiarezza e uniformità di informazioni, essendo stata invero contraddistinta da difformità di opinioni, smentite, contraddizioni, fughe in avanti e ripensamenti repentini.

<sup>17</sup> La cd. spinta gentile fa riferimento alla teoria della cd. *nudge regulation*, da R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008; trad. it. di A. OLIVERI, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano 2009. Con riferimento alle sue applicazioni nell'ordinamento amministrativo cfr. A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2021.

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, cit.

E in questa prospettiva 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, conducendo i cittadini ad un atteggiamento, consapevole e responsabile, di adesione volontaria alla medesima a beneficio di tutti e di ciascuno.

5. *Segue. O la (necessaria) tutela nei confronti della responsabilità per danni da vaccino*

Potrebbe invero proporsi anche una seconda chiave di lettura dell'andamento normativo, in grado di soddisfare anche chi poi dovesse osservare che, sul piano formale, i temi sopra evocati (diritti fondamentali, condizionamento tecnico della funzione legislativa, *nudge regulation*) attengono ai rami alti del diritto costituzionale e, come tali, poco interessanti per gli studiosi del diritto amministrativo.

Si potrebbe replicare a costoro che tutte le questioni giuridiche evocate ruotano essenzialmente intorno a procedimenti amministrativi, per l'esattezza a quelli da cui scaturiscono gli accertamenti che in materia sanitaria presiedono alla scelta legislativa di autorizzare o meno l'immissione in commercio di farmaci, e quindi anche dei vaccini. Procedimenti che fanno capo alle ben note autorità amministrative dell'AIFA (Agenzia italiana per il farmaco) e dell'EMA (European Medicine Agency), la quale dal 1994 in poi ha progressivamente surrogato il ruolo della prima, secondo uno schema di funzioni ricorrente nei rapporti tra organismi nazionali ed europei<sup>19</sup>.

A governare le attività di accertamento tecnico svolte dall'EMA sono infatti le disposizioni di due Regolamenti europei, rispettivamente il n. 726/2004 e il n. 507/2006: mentre il primo detta la disciplina generale del procedimento di autorizzazione al commercio di farmaci in Europa, tipizzando un sistema imperniato su una autorizzazione “*standard*”, rilasciata dopo il normale periodo di sperimentazione, il secondo prevede invece una autorizzazione “*condizionata*” le cui finalità e caratteri sono precisati nell'ambito del medesimo regolamento.

In particolare, per ciò che più rileva in questa sede, la disciplina europea (e nello specifico il reg. n. 507/2006), dopo aver precisato al punto (2) del *Considerando* il principio per cui «Prima di ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio in uno o più Stati membri, un medicinale per uso umano va in genere sottoposto a studi approfonditi volti a garantirne la sicurezza, l'elevata qualità e l'efficacia di impiego per la popolazione destinataria» specifica, poi, al punto (3), che «nel caso di determinate categorie di medicinali, al fine di rispondere a

---

<sup>19</sup> Sul punto A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit. 435, che richiama come esempio di sostituzione di funzioni di organi sovranazionali a scapito di quelli nazionali la BCE in luogo della Banca d'Italia.

necessità mediche insoddisfatte dei pazienti e nell'interesse della salute pubblica, può (...) risultare necessario concedere autorizzazioni all'immissione in commercio basate su dati meno completi di quelli normalmente richiesti e subordinate ad obblighi specifici, di seguito «autorizzazioni all'immissione in commercio condizionate».

Orbene, i vaccini anti-Covid messi in circolazione in Italia sono stati verificati preventivamente con questa procedura di autorizzazione “snella”, condizionata, provvisoria<sup>20</sup>, nell'intento di mettere a disposizione della popolazione, a meno di un anno dalla Pandemia, una terapia preventiva, che in qualche modo potesse mettere al riparo la salute pubblica ed evitare il tragico collasso dei sistemi sanitari avvenuto nel primo periodo di diffusione del *virus*.

Più precisamente, secondo quanto si può leggere direttamente sul sito dell'EMA<sup>21</sup>, questo procedimento semplificato di autorizzazione consta di uno svolgimento in parallelo (e non in sequenza, come accade nelle procedure ordinarie di autorizzazione) delle fasi di sperimentazione clinica<sup>22</sup>. In altri termini la messa in commercio tempestiva dei vaccini è stata possibile attraverso una *partial overlap*, nella quale l'avvio della fase successiva è avvenuto a poca distanza dall'avvio di quella precedente, così che questa leggera sfasatura ha permesso, da un lato di accelerare i normali tempi di svolgimento delle sperimentazioni, dall'altro di evitare i rischi che si sarebbero corsi con una sovrapposizione totale delle fasi.

Si tenga conto che nelle ipotesi di vaccinazione obbligatoria la sperimentazione è, in genere, conclusa da tempo sulla base di evidenze empiriche stratificate e questa situazione permette al legislatore di poter prescrivere legittimamente l'obbligo vaccinale.

Pur nella consapevolezza che il rischio vaccinale non può essere del tutto eliminato, i pubblici poteri tendono tuttavia a ritenerlo accettabile quando le sperimentazioni siano complete, quando cioè le evidenze scientifiche, supportate anche dalle ulteriori cautele della fase di farmacovigilanza *ex post*, misurano e accertano che il rapporto rischio/benefici è appunto accettabile (fase 4)<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> La cui durata è limitata nel tempo a 12 mesi, secondo quanto prevede il reg. n. 507/2006. Si consideri che nulla impedisce che l'autorizzazione provvisoria possa poi convertirsi in *standard*, a seguito di valutazione dell'EMA, valida per cinque anni, durante i quali si svolge la fase di farmacovigilanza.

<sup>21</sup> <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/vaccines-covid-19/covid-19-vaccines-development-evaluation-approval-monitoring#accelerated-evaluation>.

<sup>22</sup> Le fasi, normalmente in sequenza, sono tre: fase 1 (non tossicità); fase 2 (efficacia); fase 3 (valutazione di efficacia rispetto ai farmaci già in circolazione e valutazione del rapporto rischio/beneficio), cui segue il rilascio dell'autorizzazione Standard e l'avvio, per un periodo di 5 anni, della fase 4 di farmacovigilanza successiva (cd. sorveglianza *post-marketing*). Sul punto, più diffusamente, ma sempre con estrema chiarezza A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit. 440, cui si è debitori per questa attenta e precisa ricostruzione della diversa tipologia di autorizzazione.

<sup>23</sup> Sulla fase 4, cfr. la nota precedente.

Le molte polemiche originate sul carattere sperimentale dei vaccini/terapie anti *Covid* traggono origine proprio dal fatto che l'autorizzazione alla loro messa in commercio e il loro conseguente utilizzo non possono contare sul consolidamento di questa ultima fase di farmacovigilanza, la quale renderebbe pieni e definitivi gli accertamenti tecnici sulla misurazione del rischio.

Ma la situazione imponeva una risposta temporanea e provvisoria (passibile nel tempo di diventare definitiva)<sup>24</sup> ad una situazione di emergenza, tesa a conciliare i contrapposti interessi di celerità e sicurezza delle cure.

Le conseguenze di tale situazione sono state ricondotte, sul piano giuridico, alla decisione precauzionale del legislatore di non imporre tali vaccini in via coattiva, sulla base di una previsione di legge, ma di ottenere una larga immunizzazione della popolazione, orientando la scelta volontaria del soggetto, attraverso il possesso del *green pass* quale condizione necessaria a svolgere tutta una serie rilevanti di attività.

In questo modo – è stato sostenuto – lo Stato si sottrarrebbe dalla responsabilità circa l'accadimento di eventi avversi non calcolabili e al conseguente obbligo di risarcire i danni *ex art.* 2043 c.c.

I fatti recenti e una più corretta ricostruzione del quadro giuridico di riferimento dimostrano purtuttavia che i cori di protesta nei confronti delle scelte governative non trovano, in questa direzione, efficaci argomenti a sostegno della loro tesi.

Allo stato attuale un obbligo vaccinale esiste, se pur parziale, non generalizzato ma sufficientemente esteso ad una serie ampia di persone (*over 50*, nonchè lavoratori dei comparti sopra elencati a prescindere dall'età) tale per cui sia difficile ipotizzare che i poteri governativi vogliano sottrarsi alla responsabilità dei danni potenzialmente arrecabili da un vaccino che non ha completamente esaurito il suo corso di sperimentazione<sup>25</sup>. Per onestà intellettuale è doveroso tuttavia precisare che l'imposizione dell'obbligo vaccinale viene introdotto solo quando risulta essere stata somministrata, su base volontaria, la prima dose, a più dell'80% della popolazione italiana.

---

<sup>24</sup> Cfr. *supra* la nota (7)

<sup>25</sup> Secondo G. SCARCELLI, *Note sul decreto legge 105/2021 che estende il green pass a attività e servizi della vita quotidiana*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), «l'idea, poi, che lo Stato voglia che i cittadini si vaccinino senza responsabilità propria o di terzi sembra confermata anche dell'art. 3 del decreto legge, ora convertito in legge, n. 44/2021, detto di scudo penale, il quale statuisce che: "Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, (...) la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme (...)". Si è detto che lo scudo penale è stato posto a tutela dei medici e di tutto il personale sanitario e solo per essi, ma a me sembra, se non commetto errori, che, stante la genericità del testo, esso potrebbe applicarsi a tutti, e non solo ai medici, cosicchè tutti potrebbero volersi proteggere dietro quello scudo, anche chi il vaccino l'abbia, ad esempio, prodotto, o commercializzato, o, direttamente o indirettamente, imposto, o indotto, ecc. ».

Ma il punto di osservazione corretto sembra essere ancora un altro. Nel senso che non pare decisivo, in termini di assunzione di responsabilità da parte dello Stato, il fatto che la somministrazione sia stata imposta per legge, o risulti invece il risultato – più che di una raccomandazione – di una “spinta (non troppo gentile)” del Governo, capace di indirizzare i comportamenti dei singoli verso il perseguimento del benessere collettivo, attraverso decisioni sussumibili sotto l’etichetta di “paternalismo libertario” del potere pubblico<sup>26</sup>.

Si consideri, infatti, in questa prospettiva che in Italia è in vigore dal 1992 la legge n. 210 la quale, proprio in ragione della impossibilità di eliminare completamente i rischi da terapie preventive vaccinali, ha previsto un fondo di indennizzo, rifinanziato ogni anno nella legge di stabilità, per le vittime dei danni irreversibili da vaccinazione obbligatoria (oltre che di emotrasfusione e di somministrazione di emoderivati).

Orbene, su tali previsioni si innestano quelle rilevantisime “addizioni” in base alle quali la Corte Costituzionale (con le note decc. nn. 268/2017 e 118/2020, rel. Zanon)<sup>27</sup> ha equiparato, ai fini dell’indennizzo, l’obbligo vaccinale in senso proprio a quelli che siano stati solo oggetto di campagna promozionale (es vaccini anti influenzali).

<sup>26</sup> Sul punto cfr. *supra* i riferimenti di cui alla nota (17).

<sup>27</sup> La Corte Costituzionale è chiamata a pronunciarsi con riferimento alla questione sollevata dal giudice rimettente secondo cui, in caso di menomazione permanente dell’integrità psico-fisica derivante dalla vaccinazione raccomandata antinfluenzale, il mancato riconoscimento dell’indennizzo determini la violazione, innanzitutto, degli artt. 2 e 32 Cost. Sarebbe infatti lesa «il diritto-dovere di solidarietà», poiché, in difetto di una prestazione indennitaria, il singolo danneggiato sarebbe costretto a sopportare le gravi conseguenze negative derivanti da un trattamento sanitario, raccomandato non solo a tutela della sua salute individuale, ma anche di quella collettiva. La disposizione censurata, inoltre – sempre ad avviso del giudice rimettente – violerebbe il principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., poiché determinerebbe un’irragionevole differenziazione di trattamento tra coloro che si sono sottoposti a vaccinazione in osservanza di un obbligo giuridico e coloro che, invece, a tale vaccinazione si sono determinati aderendo alle raccomandazioni delle autorità sanitarie. L’irragionevolezza deriverebbe dal riconoscimento solo ai primi, in caso di menomazioni permanenti, del diritto all’indennizzo, a fronte del medesimo rilievo che raccomandazione e obbligo assumono al fine della tutela della salute collettiva. Il risarcimento, infatti, presuppone un nesso tra fatto illecito e danno ingiusto, mentre il diritto all’indennizzo, che prescinde dalla colpa, sorge a fronte del solo accertamento che la menomazione irreversibile consegua alla vaccinazione «e deriva dall’inderogabile dovere di solidarietà che, in questi casi, incombe sull’intera collettività», laddove quest’ultima tragga beneficio dal trattamento vaccinale del singolo (Corte Cost. n. 118 del 1996).

Ferma in ogni caso la possibilità per l’interessato di azionare anche l’ordinaria pretesa risarcitoria, che potrà eventualmente essere riconosciuta ove ricorrano le condizioni previste dall’art. 2043 c.c., il legislatore ha dunque previsto un’autonoma misura economica di sostegno, di natura indennitaria ed equitativa (Corte Cost. n. 118 del 1996), in caso di danno alla salute, il cui ottenimento dipende dal semplice fatto obiettivo dell’aver subito un pregiudizio. Tale misura consente agli interessati una protezione certa nell’*an* e nel *quantum*, non subordinata all’esperienza di un’azione di risarcimento del danno, che richiede l’accertamento di un fatto illecito e l’individuazione del responsabile (Corte Cost. n. 423 del 2000, n. 27 del 1998 e n. 118 del 1996).

I ragionamenti effettuati dalla Corte Costituzionale, che nel precisare i rapporti tra prescrizione “medica” e prescrizione “giuridica” giunge a concludere per una necessaria equiparazione sostanziale delle richieste da indennizzo del singolo danneggiato derivante dalle due situazioni (vaccinazione obbligatoria, vaccinazione raccomandata), risultano davvero illuminati per le questioni in corso e possono essere estensibili – ad avviso chi scrive – alle eventuali richieste giurisdizionali di risarcimento del danno *ex art.* 2043 cc. relative alla situazione di effetti gravi irreversibili (che si dimostri) legate ai vaccini anti-Covid<sup>28</sup>.

In altri termini la più ampia sottoposizione a vaccinazione, quale profilassi preventiva, può notevolmente alleviare il carico (non solo) economico che le epidemie determinano sul sistema sanitario nazionale e sulle attività lavorative. Per tale motivo le esigenze di solidarietà richiedono che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio subito dall'individuo, essendo fortemente ingiusto consentire che il soggetto danneggiato sopporti il costo del beneficio (anche) a vantaggio di tutti.

#### 6. *“Comunità del rischio” ed ambienti di lavoro: la schizofrenia normativa*

La maggior parte degli interventi normativi succedutisi in questi ultimi due anni – di cui si è detto – disciplinavano invero le attività lavorative<sup>29</sup>, al fine di modularne lo svolgimento in relazione all'andamento della curva epidemica. Chiamando anche il datore di lavoro, in nome dell'emergenza, ad adottare una serie di soluzioni organizzative e di dispositivi di protezione<sup>30</sup>, il legislatore ha inteso uniformare via via il livello di rischio interno ai luoghi di lavoro al livello presente all'esterno, affinché questi ultimi non divenissero sedi di trasmissione e diffusione del virus.

---

<sup>28</sup> Così Corte Cost. n. 268 del 2017, n. 107 del 2012, n. 423 del 2000 e n. 27 del 1998. Una volta, dunque, accertato un nesso di causalità tra somministrazione del vaccino e menomazione permanente – arriva a concludere il giudice delle leggi – è il “patto di solidarietà” tra individuo e collettività in tema di tutela della salute che giustifica in entrambi i casi la traslazione a carico dello Stato della responsabilità e del conseguente obbligo di risarcimento per i danni da patologie irreversibili conseguite, pena la violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, secondo i principi enunciati nella giurisprudenza in materia.

<sup>29</sup> Si v., accanto alle raccomandazioni di utilizzo delle ferie e del lavoro agile contenute nei primi d.p.c.m., la stratificazione normativa prodottasi a seguito dell'emanazione dei d.l. 23 febbraio 2020, n. 6; 2 marzo 2020, n. 9; 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia); 10 maggio 2020, n. 29; 16 giugno 2020, n. 52; 14 agosto 2020, n. 104; 9 novembre 2020, n. 149; 23 novembre 2020, n. 154; 28 ottobre 2020, n. 137; 30 novembre 2020, n. 157; 5 gennaio 2021, n. 1; 12 febbraio 2021, n. 12; 18 maggio 2021, n. 65; 25 maggio 2021, n. 73.

<sup>30</sup> Cfr. B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2020, I, 237; M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia covid-19 (e oltre)*, *ivi*, 267 ss.; A. CARBONELLI, *La scelta difficile tra lavoro e salute*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2020, 2 s.; M. DE LUCA, *Tutela della salute nel lavoro: fra tradizioni ed innovazioni al tempo del Covid-19*, *ivi* 3/2021, 1 ss.

Da questo angolo visuale, del diritto del lavoro dunque questa volta, il movimento pendolare degli interventi legislativi sembrerebbe fortemente condizionato dalla delicatezza dell'ambito di intervento: nei confronti di un rischio che non ha confine alcuno a livello planetario, i più circoscritti confini dei luoghi di lavoro.

Ed è proprio l'applicazione del *green pass* all'ambito della sfera lavorativa e professionale a revocarne subito in dubbio la mera riconducibilità ad uno strumento della teoria della "spinta gentile", sollevando non poche perplessità.

Se in ordine all'applicazione del certificato verde alle attività di tempo libero non pare possa sollevarsi dubbio alcuno in relazione alla natura "incentivante"<sup>31</sup>, per le attività lavorative, il sistema di sanzioni e di disincentivi che vi sono stati collegati rendono la spinta non particolarmente gentile, al punto da indurre ad ipotizzare una surrettizia imposizione di un obbligo vaccinale<sup>32</sup>.

A seguito degli ultimi interventi normativi, con particolare riferimento ai lavoratori over 50, il sistema di "induzione" alla vaccinazione nel contesto lavorativo risulta particolarmente incisivo: se vuoi lavorare devi avere il *green pass*; per avere il certificato verde puoi vaccinarti oppure dimostrare di essere guarito dal Covid o, ancora, puoi effettuare il tampone periodicamente (ma solo se non hai ancora 50 anni); se decidi di non vaccinarti e non sei tra i soggetti esentati dalla vaccinazione dal sistema sanitario, devi assumerti i costi del tampone; se non vuoi assumerti i costi del tampone, e quindi non hai il *green pass*, non puoi entrare

<sup>31</sup> Cfr. S.P. EMILIANI, *Obblighi di sicurezza e pericoli derivanti dalla presenza sul luogo di lavoro di persone prive di "Green Pass"*, in *Lavoro Diritti Europa*, 4/2021, 4 ss.; L. PAPA, N.A. MAGGIO, *Il lungo viaggio "senza fermate giurisprudenziali" del green pass (e della sua obbligatorietà) nel nostro ordinamento*, ivi, 7 ss.; M. RUSSO, *Per "riveder le stelle" serve la ricerca giuslavoristica? Riflessioni sul lavoro tra vaccino anti-Covid e green pass*, ivi, 15 ss.

<sup>32</sup> Cfr., dopo l'originario dibattito relativo alla capacità di inferire un obbligo di vaccinazione dall'art. 2087 c.c., alla luce delle disposizioni costituzionali (P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 1, 2 ss.; e O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, ivi, 2 ss.) e a seguito dell'introduzione del *green pass*, M. LOMBARDI, *Vaccini anti-COVID19 e rapporto di lavoro. Libertà, responsabilità, obbligo*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3/2021, 1 ss.; P. PASCUCCI, *SARS-CoV-2 e obbligo dei lavoratori di vaccinarsi*, ivi, 1 ss.; M. VERZARO, *Solo la norma può sanare gli effetti*, ivi, 1 ss.; S. BELLOMO, *Vaccinazione Covid-19 e rapporto di lavoro: quali conseguenze per gli "obiettivi"?*, in *Labor*, 23 gennaio 2021; C. CESTER, *Vaccinazione anti Covid-19 e rapporto di lavoro*, ibidem; E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Enrico Gragnoli*, ivi, 22 gennaio 2021; L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Lorenzo Zoppoli*, ivi, 22 gennaio 2021; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Adalberto Perulli*, ivi, 25 gennaio 2021; V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19. Perché serviva il decreto legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2021, 292 ss.; A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi*, 2021, iv ss.; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2021, 2 ss.

al lavoro; se non entri al lavoro, non potendo effettuare lavoro da remoto, non lavori e quindi sei assente ingiustificato; in quanto tale vai incontro alle speciali sanzioni previste per l'assenza dovuta alla carenza di certificato verde, per cui non riceverai la retribuzione.

Il Conseil Constitutionnel francese<sup>33</sup> ha escluso che la legge relativa alla gestione della crisi sanitaria nazionale introducesse una «*obligation de vaccination*» sulla scorta del rilascio del certificato verde non soltanto ai vaccinati ma altresì ai guariti e, soprattutto, a chi avesse effettuato un test antigenico rapido o molecolare con esito negativo al virus.

Tale approdo non può che ritenersi condivisibile, almeno nei casi e fino a quando il ricorso al tampone rappresenterà una alternativa effettivamente praticabile per l'accesso al lavoro dei non vaccinati.

Laddove purtuttavia e dal momento in cui le modalità per ottenere il *green pass* non raffigurino reali e praticabili alternative all'effettuazione della vaccinazione, la previsione normativa sembra non poter sfuggire al sospetto di una sua imposizione.

L'obbligatorietà del (super) *green pass*, così puntellata da sanzioni e condizioni, ha profondamente allontanato la disciplina dai primi interventi del legislatore in materia, come dimostra la lettura della versione originaria dell'art. 9-bis del d.l. 52/2021.

La disposizione aveva introdotto l'obbligo in capo a ciascun cittadino, a decorrere dal 6 agosto 2021, di esibire la certificazione verde per poter fruire di un consistente numero di servizi e di attività. La previsione aveva come primo obiettivo quello di «fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19», salvaguardare la salute di tutti i cittadini che si recano nei luoghi che, per alcune caratteristiche e a determinate condizioni, sono considerati particolarmente rischiosi (perché ad esempio più affollati) e quindi forieri di contagio<sup>34</sup>.

Le finalità di tutela dell'ordine pubblico hanno elevato la disposizione al rango di norma imperativa, «che necessariamente va ad integrare qualsiasi programma contrattuale», ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. Di tal che, anche la tutela della salute e sicurezza nei contesti di lavoro avrebbe dovuto fin da principio dirsi inclusa nella più ampia strategia di prevenzione dei contagi. D'altro canto, la norma non circoscriveva il proprio ambito di applicazione, limitandosi a stabilire che l'accesso a determinati luoghi «è consentito» indistintamente a tutti, purché in possesso del *green pass*. In assenza di una «distinzione netta tra chi di quel luogo può usufruire per ottenere dei servizi o acquistare dei beni (il cittadino consumatore) e chi in quei medesimi luoghi deve accedere per prestare la propria

<sup>33</sup> Cfr. decisione n. 2021-824 del 5 agosto 2021, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

<sup>34</sup> G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *Green Pass e rapporti di lavoro*, in *Working Paper Salus*, 2021, 7, 5-6.

attività di lavoro (il cittadino lavoratore)»<sup>35</sup>, il *green pass* avrebbe potuto ritenersi imposto dalla previsione normativa anche nei luoghi di lavoro. Non fosse altro perché l'esclusione dei lavoratori che svolgono mansioni di "contatto" ma pur sempre in contesti soggetti allo stesso rischio, avrebbe potuto vanificare gli stessi obiettivi di tutela perseguiti<sup>36</sup>.

Con una certa dose di schizofrenia, si potrebbe dire, o forse proprio nel tentativo di ostacolare l'insinuarsi dell'obbligo di certificazione verde nei luoghi di lavoro, e per il suo tramite dell'obbligo vaccinale, sulla scorta di una interpretazione meramente letterale della previsione normativa, è stato riservato allo stesso soggetto un trattamento diversificato a seconda che lo si considerasse accedere a quei luoghi quale utente di un servizio o lavoratore.

In aperta contraddizione con la *ratio* della disposizione, di contenimento del rischio di contagio in ambienti particolarmente rischiosi, i servizi "consumati" da cittadini in possesso del certificato verde sono stati erogati per il tramite di prestatori non tenuti al possesso del certificato stesso.

Non bisogna certo scomodare Suppiej sulla «inscindibilità della soddisfazione dell'interesse di ciascuno, dalla contemporanea soddisfazione degli interessi di tutti»<sup>37</sup> per rimarcare come l'interesse alla sicurezza del singolo si leghi ad un analogo interesse di tutti coloro che condividono il medesimo ambiente. La pandemia, e le prime misure di contrasto, hanno messo in luce la stretta connessione che vi è non solo fra "ambiente interno" e "ambiente esterno" ma anche fra salute pubblica e salute occupazionale. Non potrebbe essere diversamente, soprattutto in una fase pandemica, in cui l' "ambiente interno" tende progressivamente a perdere di rilevanza ponendosi in comunicazione con quello più ampio e circostante, assorbendone i rischi ma anche generandone di nuovi<sup>38</sup>. La deviazione applicativa della norma finisce per contrastare anche con i principi base della prevenzione nei luoghi di lavoro il cui concetto si sostanzia in un «complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno». Con il che, qualora dalle condizioni di lavoro possa essere esposta in qualche modo al rischio «la salute» non solo del prestatore ma, come si legge nell'art. 2, lett. g) della «popolazione», la prima dovrà essere garantita per salvaguardare anche l'integrità dell'"ambiente esterno".

<sup>35</sup> G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, Op. e loc. cit.

<sup>36</sup> P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1° aprile 2021*, n. 44, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, 2021, 1, 155-156.

<sup>37</sup> G. SUPPIEJ, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1988, I, 446.

<sup>38</sup> ILO, *Safety and Health at the heart of the future of work. Building on 100 years of experience*, 2019, 42 ss.

Di qui, l'attesa era che si arrivasse a considerare oggetto della previsione normativa non una determinata categoria di soggetti ma la comunità intera, a prescindere dai loro status giuridici, data la comune esposizione allo stesso rischio.

In tale prospettiva si sono mosse le singole imprese, estendendo l'obbligo del *green pass* ai propri lavoratori, e Confindustria, con una nota che, divenuta oggetto di ampio confronto, non è riuscita purtroppo a sfociare in un accordo con le parti sociali<sup>39</sup>.

E mentre una parte della dottrina<sup>40</sup> ha pensato di riproporre ancora una volta l'art. 2087 c.c. quale fulcro della pretesa datoriale di richiedere il *green pass* come misura volta a garantire un ambiente di lavoro sicuro, altra parte ha continuato ad invocare la necessità di una previsione legislativa<sup>41</sup>.

Il legislatore dal canto suo, dopo aver previsto la vaccinazione quale «requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative» del personale sanitario<sup>42</sup>, con l'art. 1, comma 6 del d.l. 6 agosto

---

<sup>39</sup> C. LAZZARI, *Obbligo vaccinale, Green pass e rapporto di lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, 6.

<sup>40</sup> Cfr. *supra* nota (32) e, in part., S.P. EMILIANI, *Obblighi di sicurezza e pericoli derivanti dalla presenza sul luogo di lavoro di persone prive di "Green Pass"*, cit., 5 ss.; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, cit., 2 ss.; G. PROLA, *Emergenza Covid, impatto sul sistema della sicurezza del lavoro e obblighi di vaccinazione, in Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2021, 400 ss.

<sup>41</sup> V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19. Perché serviva il decreto legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, cit., 292 ss.; A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, cit. viii ss.; L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2021, 6 ss.; M. MARINELLI, *Il vaccino anti Covid-19 e l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2021, 329 ss.

<sup>42</sup> *Funditus* P. VERONESI, *L'obbligo vaccinale anti-Covid per chi opera nella sanità: le ragioni costituzionali di una (legittima) scelta legislativa (come quella del green pass)*, in *Studium Iuris*, 2021, 1309 ss. L'introduzione dell'obbligo, per lungo tempo attesa in dottrina (v. *supra* nota (42)), ha immediatamente sollevato in parte dell'opinione pubblica critiche di incostituzionalità che, a vario titolo, si sono riflesse sul rapporto di lavoro, dinnanzi al rifiuto del datore di far accedere in azienda chi non si fosse vaccinato, con conseguenti impugnazioni giudiziali. Ma la giurisprudenza (per una rassegna analitica v. M. MISCIONE, *La giurisprudenza sulla legislazione Covid*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2022, 91 ss.), chiamata a interrogarsi sulla legittimità di sospensioni del rapporto di impiego disposte per evitare rischi ambientali di contagio, ha senza incertezze affermato la piena legittimità dell'impianto legislativo, rilevando come l'adempimento dell'obbligo vaccinale per i soggetti onerati costituisca condizione essenziale di esercizio della professione (cfr. Trib. Modena, 23 luglio 2021, n. 2467) e confermando, in virtù della sinallagmaticità del rapporto, l'assenza di un diritto del dipendente a percepire la retribuzione (Trib. Verona, 24 maggio 2021; Trib. Milano, 16 settembre 2021, n. 2135). In un'occasione, in virtù della temporaneità dell'emergenza, si è anche respinta la questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 44 del 2021 sollevata dal lavoratore in relazione all'art. 32 Cost. Analoga conferma dell'impianto normativo è giunta dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. in part. Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045). Si è infatti rilevata la necessità dell'inter-

2021, n. 111, ha introdotto l'obbligo di esibizione del *green pass* nei confronti di tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario. Ambiti questi da cui è iniziata la svolta della certificazione verde verso i diversi contesti lavorativi. Che si è inteso però mantenere saldamente nelle mani del legislatore statale nel momento in cui, contro gli intendimenti di alcuni presidenti di regione<sup>43</sup>, in sede di conversione del d.l. 105/2021, è stato precisato che «ogni diverso o nuovo utilizzo delle certificazioni verdi Covid-19 è disposto esclusivamente con legge dello Stato»<sup>44</sup>.

Assurto a requisito per accedere a qualsiasi luogo di esecuzione della prestazione e compreso il diritto a svolgere la propria attività lavorativa, il certificato verde acquisisce oggi legittimità solo nell'ottica del bilanciamento tra l'art. 4 cost. e l'art. 32 cost., quest'ultimo richiamato implicitamente e ripetutamente nelle diverse norme, laddove si fa riferimento alle «esigenze di salute pubblica».

---

vento legislativo sulla base della “prevalenza del diritto fondamentale alla salute della collettività rispetto a dubbi individuali o di gruppi di cittadini sulla base di ragioni mai scientificamente provate” e la stessa contrarietà del rifiuto di vaccinazione al c.d. “giuramento di Ippocrate”, estendendo la questione a profili di indubbio interesse sul piano deontologico. Analoghe considerazioni si rinvengono in Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2021, n. 6098, ove la pretesa di evitare l'obbligo di vaccinazione viene ritenuta fondata esclusivamente su una «malintesa concezione unilaterale della tutela dei diritti», dimentica del piano collettivo e, pertanto, priva di un «supporto in diritto».

L'interpretazione è accolta, più di recente, anche dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Siciliana, 17 gennaio 2022, n. 38, che ha esteso l'obbligo di vaccinazione anche ai tirocinanti. Ma la decisione è singolare, poiché, al fine di valutare la questione di legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale, demanda ad uno specifico organo consultivo, che si vuole composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il Ministero della salute e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria, il compito di inoltrare una dettagliata relazione su molteplici questioni di carattere tecnico e, segnatamente, sulle «modalità di valutazione di rischi e benefici operata, a livello generale, nel piano vaccinale e, a livello individuale, da parte del medico vaccinatore». La relazione dovrà essere depositata entro il 28 febbraio 2022.

<sup>43</sup> L'impianto della normativa emergenziale è invero continuamente stato caratterizzato da giri di valzer tra circoscrizione del ruolo delle Regioni all'introduzione di misure ulteriormente restrittive per far fronte all'emergenza epidemiologica a fronte di situazioni territoriali tali (cfr. d.l. n. 19 del 2020) e devoluzione, antitetica, dell'applicazione di misure meno restrittive (cfr. d.l. n. 125 del 2020). Così, in sede di Conferenza Stato-Regioni del 4 agosto 2021, nella formulazione del parere sul disegno di conversione in legge del d.l. n. 105 del 2021, non si era mancato di rilevare il disappunto dei territori con popolazione inferiore al milione di abitanti e a vocazione turistica, che, proprio in virtù dell'importanza economica di mantenere i flussi turistici, avrebbero preferito diverse modulazioni delle misure di contenimento della pandemia.

<sup>44</sup> Art. 3, comma 2, ult. periodo, del d.l. n. 105/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 126/2021. In questo senso anche la Corte cost. 12 marzo 2021, n. 37 secondo cui le Regioni, anche se dotate di autonomia speciale, non possono invadere con una propria legge le materie aventi ad oggetto generale la pandemia covid, diffusa a livello globale e perciò affidata alla competenza esclusiva dello Stato ex art. 117 Cost. in quanto riguardante la «profilassi internazionale».

E necessariamente per un periodo limitato di tempo<sup>45</sup>. Nel bilanciamento dei contrapposti interessi, vi sarebbe certamente la prevalenza della salvaguardia della salute e del contenimento del contagio, ma solo a fronte di una limitazione del diritto al lavoro per un periodo di tempo limitato e con conseguenze di solo carattere pecuniario sul rapporto di lavoro<sup>46</sup>.

Di qui, la lettura secondo cui la legislazione dell'emergenza pandemica, che si è progressivamente stratificata a partire dalla primavera del 2020, è *indirizzata alla regolamentazione delle attività lavorative ma* precipuamente finalizzata alla tutela della salute pubblica, con esclusione della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid 19. Perché serviva il decreto legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, cit., 292 ss.; P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1° aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, 152 ss.; F. FERRARO, *Sulle conseguenze della mancata vaccinazione dopo il d.l. 44*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3/2021, 1 ss.; G. ZAMPINI, *La vaccinazione anti SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro dopo il d.l. n. 44/2021*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2021, 85 ss.

<sup>46</sup> Cfr. in particolare Corte cost. 11 novembre 2021, n. 213, laddove ha ritenuto come la legislazione emergenziale sia giustificata dall'eccezionalità della situazione e dalla necessità di risposte rapidi ed efficaci, ma il sacrificio richiesto ad alcuni in favore della collettività, fondato sul «dovere di solidarietà sociale, nella sua dimensione orizzontale», sia temporaneo e non si protragga troppo a lungo, sino a determinare il rovesciamento del rapporto regola-eccezione.

<sup>47</sup> Ad analoghe considerazioni era giunto Trib. Belluno, 6 maggio 2021, n. 328, cit. nel respingere la questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 44 del 2021 sollevata dal lavoratore.

### Abstract

Il contributo si interroga in merito al rapporto tra introduzione del *green pass* e previsione dell'obbligo vaccinale nell'ottica delle politiche di *nudge regulation*. Confrontandosi con le più recenti decisioni giurisprudenziali e non senza rilevare la schizofrenia normativa degli ultimi mesi, le Autrici rilevano come il disegno legislativo, per pervasività e invadenza, non sembri esattamente attagliarsi alla definizione, specie in ragione degli oneri che essa determina nell'ambito del rapporto di lavoro.

Green pass and compulsory vaccination, in the rational science prism

The contribution investigates the relationship between the introduction of the green pass and the provision of compulsory vaccination in the perspective of nudge regulation policies. Comparing themselves with the most recent jurisprudential decisions and not without emphasizing the schizophrenic legislation of recent months, the Authors observe that the legislative design, pervasiveness and intrusiveness, does not seem to be exactly suited to the definition of nudge, especially in view of the costs that it determines within the employment relationship.

# Obbligo vaccinale e (presunta) applicazione del principio di precauzione “in modo inverso”

di Marco Calabrò

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La rilevanza del principio di precauzione nelle politiche pubbliche in periodo emergenziale. – 3. La prospettata applicazione del principio di precauzione “in modo inverso”: un modello che non convince. – 4. Conclusioni. La “tirannia” solidaristica e il mancato bilanciamento tra la dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute.

## 1. *La vicenda*

Con ordinanza n. 38 del 17 gennaio 2022, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – chiamato a pronunciarsi sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, d.l. n. 44/2021, nella parte in cui impone l’obbligo vaccinale da Covid-19 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario – ordina al Ministero della Salute di realizzare un’istruttoria relativa ad una serie di profili e di presentare una dettagliata relazione, al fine di fornire al Collegio tutti gli elementi necessari per decidere circa la sussistenza o meno dei presupposti per il rinvio della questione alla Consulta.

La vicenda origina da un ricorso presentato da uno studente di Scienze infermieristiche avverso l’atto con il quale il Rettore dell’Università di Palermo gli aveva negato la possibilità di svolgere il tirocinio formativo all’interno delle strutture sanitarie, in quanto non vaccinato. In disparte alcuni profili di illegittimità del provvedimento rettorale, parte ricorrente eccepiva l’incostituzionalità della citata disposizione normativa sulla base di una serie di elementi, tutti sostanzialmente legati al presunto carattere “sperimentale” dei vaccini attualmente in circolazione, nonché alla violazione del principio sul libero consenso alle sperimentazioni<sup>1</sup>.

Non è la prima volta che la questione della legittimità costituzionale dell’art.

---

<sup>1</sup> Tale principio viene per la prima volta elaborato all’interno del c.d. Codice di Norimberga, ovvero quell’insieme di principi inerenti la sperimentazione medica sull’uomo formulati in occasione del processo svoltosi al termine della seconda guerra mondiale contro i medici nazisti, colpevoli di aver perpetrato torture e sperimentazioni disumane nei campi di concentramento. In particolare, ivi viene tra l’altro affermato che “la persona coinvolta dovrebbe avere la capacità legale di dare il consenso, e dovrebbe quindi esercitare un libero potere di scelta, senza l’intervento di qualsiasi elemento di forzatura, frode, inganno, costrizione, esagerazione o altra ulteriore forma di obbligo o coercizione; dovrebbe avere, inoltre, sufficiente conoscenza e comprensione dell’argomento in questione tale da metterlo in condizione di prendere una decisione consapevole e saggia”. Sul tema v. R. DE FRANCO, *In nome di Ippocrate. Dall’“olocausto medico” nazista all’etica della sperimentazione contemporanea*, Milano, 2001.

4 cit. viene prospettata innanzi al giudice amministrativo; tuttavia nelle precedenti occasioni essa è stata sempre esclusa<sup>2</sup>, attraverso il richiamo di quel consolidato orientamento della Consulta secondo cui l'imposizione normativa di un obbligo vaccinale sarebbe compatibile con l'art. 32 Cost. – in quanto coerente con la qualificazione della tutela della salute non solo come diritto dell'individuo ma anche come diritto della collettività – purché il vaccino non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e in ogni caso purché sia prevista, nell'ipotesi di danno ulteriore, la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato<sup>3</sup>. Ebbene, la pronuncia in commento appare di notevole interesse, non solo in quanto per prima sembra “aprire” alla possibile sottoponibilità della questione alla Corte Costituzionale<sup>4</sup>, ma anche in ragione della completezza della disamina dei molteplici profili di specificità che connotano la disciplina in esame e che potrebbero giustificare l'eventuale rinvio alla valutazione della legittimità della stessa alla Consulta.

Il tenore del presente scritto non consente, evidentemente, di soffermarsi *funditus* sulle diverse questioni oggetto di possibile analisi che emergono dalla lettura della pronuncia. Si intende, piuttosto, concentrarsi sull'esame di uno specifico passaggio dell'ordinanza in commento ove – nel richiamare la precedente pronuncia del Consiglio di Stato n. 7045/2021<sup>5</sup> – il collegio pone a

<sup>2</sup> La prima pronuncia con la quale il giudice amministrativo ha respinto la censura relativa alla questione di legittimità costituzionale in parola è Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *www.giustizia-amministrativa.it*. A questa sono poi seguite una serie di pronunce del medesimo tenore: cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 17 gennaio 2022, n. 109; Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2022, n. 583.

<sup>3</sup> Cfr. Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 23 febbraio 1998, n. 27; Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107; Corte cost., 16 ottobre 2000, n. 423; Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 5. Per un'analisi di tale orientamento costituzionale si rinvia a L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018; S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 47 ss.

<sup>4</sup> Si segnala, tuttavia, che successivamente alla pubblicazione dell'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, il T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, con ordinanza n. 192 del 14 febbraio 2022 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 4, del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, nella parte in cui prevede, quale effetto dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie. La vicenda, in quel caso, riguarda tuttavia una fattispecie parzialmente differente, nella misura in cui parte ricorrente, che svolge la professione di psicologo, è stato sospeso dalla possibilità di svolgere la propria attività perché non vaccinato, nonostante egli potesse svolgere la professione da remoto, quindi senza alcuna possibilità di contatto diretto con i propri pazienti.

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, con la quale – nel dichiarare la legittimità degli atti con i quali le Aziende Sanitarie del Friuli Venezia Giulia hanno dato attuazione alla regola

fondamento dell'introduzione dell'obbligo vaccinale, tra l'altro, il principio di precauzione.

Tuttavia – ed ecco il profilo di specificità della pronuncia – ivi si afferma che in periodo pandemico il principio di precauzione opererebbe in modo inverso, “controintuitivo”, in quanto, mentre la sua applicazione classica comporta l'apposizione di limiti pur in presenza di risultanze scientifiche incerte (obbligo di *non facere*), nel caso di specie esso – sulla base dei medesimi presupposti (dati scientifici non definitivi) – comporterebbe l'imposizione di un obbligo di *facere*, incidente, tra l'altro, su un diritto fondamentale. In particolare, viene affermato che “in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco”.

Con il presente scritto, pertanto, non ci si soffermerà sul più generale profilo della legittimità costituzionale dell'introduzione dell'obbligo vaccinale, quanto, più limitatamente, ci si propone di verificare la correttezza o meno del richiamo a tale “principio di precauzione inverso”, quale fondamento dell'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari.

## 2. *La rilevanza del principio di precauzione nelle politiche pubbliche in periodo emergenziale*

È un dato pacifico che – sebbene sia sorto al fine di garantire la massima tutela ai beni ambientali<sup>6</sup> – il principio di precauzione trova applicazione anche

---

dell'obbligo vaccinale prevista dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021 a carico degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario – si afferma che i vaccini anti Covid-19 non possono essere considerati sperimentali e che la previsione di un obbligo vaccinale nei confronti degli operatori sanitari risponderebbe al generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché alla tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. nella sua accezione collettiva. Per un commento a tale pronuncia si rinvia a F. GAMBARDILLA, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà*; S. CAGGEGI, *Premesse alla lettura della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza, 20 ottobre 2021, n. 7045 sull'obbligo vaccinale*; G. SCARSELLI, *Nota a Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045*; tutte in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it).

<sup>6</sup> La prima formulazione definitoria del principio di precauzione è, come noto, presente nella Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, in occasione della prima Conferenza delle Nazioni Unite

in ambito sanitario<sup>7</sup>, comportando che in caso di rischio di un danno grave e irreversibile, l'assenza della piena certezza scientifica non può costituire una ragione valida per differire l'adozione di misure dirette a prevenire l'accadimento del danno<sup>8</sup>.

La *ratio* di tale modello di intervento riposa, evidentemente, nella tendenziale non riparabilità di eventuali danni che beni quali le risorse ambientali o la salute umana dovessero subire<sup>9</sup>, il che legittima l'adozione di una strategia cautelativa di gestione del rischio in presenza anche di soli indizi di effetti negativi, e della mancanza di disponibilità di dati idonei a consentire una valutazione completa del rischio stesso<sup>10</sup>.

---

sull'ambiente e lo sviluppo. Tale principio è stato in seguito introdotto a livello europeo dal Trattato di Maastricht, per poi essere trasfuso nell'art. 191 del TFUE, ove sono indicati gli obiettivi e i principi della politica dell'UE in materia ambientale. Sul punto v. R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 3/2005, 509 ss.; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti, istituti*, Napoli, 2013, 127 ss.

<sup>7</sup> “Il principio di precauzione fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto. L'attuazione del principio di precauzione comporta, dunque, che ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 aprile 2021, n. 4006, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In termini v. anche T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, 29 aprile 2021, n.32, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12 dicembre 2019, n. 14311, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1/2020, 138. Sulla “trasversalità” del principio di precauzione v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 413 ss.

<sup>8</sup> M. CALABRÒ, *Ambiente*, in M. CALABRÒ, F. GAMBARDILLA, G. MARI, A. PIETROSANTI, M.R. SPASIANO, P. TANDA (a cura di), *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Napoli, 2020, 273 ss., spec. 276-277. La letteratura in tema di principio di precauzione è molto vasta; senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; I. M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Napoli, 2011, 2177 ss.; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.

<sup>9</sup> R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020, 43. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 5 maggio 2014, n. 183, in *Foro amm.*, 5/2014, 1546.

<sup>10</sup> “Il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano sul binomio analisi dei rischi – carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura” (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655, in *Foro amm.*, 10/2019, 1607). Esamina il nesso tra rischio, conoscenza e interventi precauzionali G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 171 ss. Sottolinea come il principio di precauzione non conduca al “rischio zero”, bensì ad un bilanciamento tra rischi e vantaggi di una azione, sulla base del principio di proporzionalità M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 2020, 9-10.

Ciò posto, è evidente come in un periodo emergenziale di rischio per la salute pubblica, quale una pandemia, il principio in questione rappresenti uno dei principali parametri di riferimento del decisore pubblico<sup>11</sup>, registrandosi appieno entrambi i presupposti richiesti dalla normativa, ovvero, da un lato, il rischio di danno grave e irreversibile, e dall'altro, una situazione di incertezza scientifica<sup>12</sup>.

Nel caso di specie, tra l'altro, l'incertezza appare duplice: essa, infatti, non origina unicamente dall'assenza di un adeguato periodo di verifica circa gli effetti della somministrazione del vaccino, ma anche da un contesto in cui la scienza si presenta profondamente divisa<sup>13</sup>. L'oggettiva complessità del quadro fattuale, l'assenza di dati aggiornati e verificabili, l'impossibilità di dimostrare con sufficiente univocità il nesso eziologico tra gli eventi, conduce inevitabilmente alla prospettazione di posizioni scientifiche divergenti e, quindi, alla apparente "falsificabilità" di qualsiasi affermazione scientifica<sup>14</sup>.

La dottrina più recente rinvia, al riguardo, alla nozione di "scienza incerta"<sup>15</sup>, secondo cui, in settori quali la salute o l'ambiente, qualsiasi decisione – anche laddove adeguatamente ponderata – conterrebbe in sé una parte di "ignoto irriducibile"<sup>16</sup>. Se questo è vero, se l'impossibilità di conseguire nel breve periodo

---

<sup>11</sup> M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dall'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1/2006, 1 ss. In generale, sul tema dell'esercizio del potere amministrativo a carattere emergenziale v. A. CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, in *Rivista AIC*, 1/2021; L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.

<sup>12</sup> Sul rapporto tra scienza e diritto amministrativo, in un contesto nel quale sempre più spesso la scienza non è in grado di fornire dati e risposte dotate di un grado di certezza sufficiente ad orientare il decisore pubblico, si rinvia a A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, 16; P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013; L. VIOLINI, *Il problematico rapporto tra scienza e diritto: i fronti aperti, la questione del metodo*, in L. ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa*, Bologna, 2016.

<sup>13</sup> E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, 1/2021, 140. Sulla inevitabilità che, tra ordinamenti differenti, vi siano profonde diversità negli accertamenti della tecnica, in termini di modelli di valutazione, procedimenti e, quindi, risultati, v. A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 435-436. La peculiarità dell'attuale situazione è riscontrabile, tuttavia, nella circostanza che scienziati che operano nel medesimo ordinamento, seguendo medesimi principi e modelli di indagine, offrono prospettazioni profondamente differenti l'una dall'altra.

<sup>14</sup> M.R. SPASIANO, *Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e altre questioni in tema di obbligo vaccinale*, in questo fascicolo di questa *Rivista*; N. BERTI, M. SILVESTRI, *Decisioni amministrative e "ignoto" scientifico-tecnologico: il riesame delle autorizzazioni nei settori del rischio*, relazione al Convegno AIPDA 2017, *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, 5-7 ottobre 2017.

<sup>15</sup> R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1/2020, 14 ss.

<sup>16</sup> E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, cit., il quale sottolinea che "l'ignoto, in tale ottica, reca con sé l'idea di una impossibilità di ricondurre una certa situazione fattuale entro una logica di previsione *ex ante*: in ciò consiste la sua

un livello di certezza sufficiente rappresenta un dato congenito ed ineludibile, il modello di risposta da parte dell'ordinamento alle situazioni emergenziali non può non adeguarsi: il decisore pubblico, allora – proprio in forza del principio di precauzione – è chiamato ad intervenire vietando o limitando attività potenzialmente pericolose a tutela di interessi primari (individuali e collettivi), anche in assenza di una effettiva misurabilità del rischio connesso alle suddette attività; nel contempo, tuttavia, egli è tenuto a mostrarsi pronto a rivedere le proprie scelte alla luce della evoluzione dello stato emergenziale e dell'aggiornamento delle risultanze scientifiche<sup>17</sup>.

Ed in effetti, nel corso dell'attuale periodo pandemico, in diverse occasioni si è registrata una corretta applicazione del principio di precauzione: la gravosità dei diversi provvedimenti di chiusura che hanno condotto al c.d. *lock-down* è stata giustificata proprio in ragione della oggettiva incertezza dell'analisi del rischio, in uno con la necessaria tempestività dell'azione, a fronte di un pericoloso innalzamento della curva pandemica<sup>18</sup>. A questo – coerentemente con il carattere adattativo delle scelte emergenziali – è consequenzialmente seguita una permanente azione di monitoraggio e revisione delle scelte, anche attraverso la programmazione della graduale ripresa delle attività economico-produttive e sociali. Lo stesso piano vaccinale, del resto, è stato ispirato a tale approccio, ricorrendo alle c.d. autorizzazioni condizionate dei vaccini<sup>19</sup>, rilasciate sulla base di dati che in altri contesti sarebbero stati ritenuti insufficienti, e obbligatoriamente assoggettate ad un processo di continuo riesame<sup>20</sup>.

Tralasciando le indiscutibili criticità in termini di assenza di trasparenza, intesa come comprensibilità delle ragioni che hanno condotto alla imposizione

---

irriducibilità, ossia nella non “riduzione” di un fenomeno e dei suoi sviluppi alle logiche proprie dell'azione preventiva e della misurazione del tipo di impatto che da esso possa scaturire”, 144-145.

<sup>17</sup> M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 265-266; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Le calamità naturali e le risposte del diritto al rischio di alluvioni: un'analisi comparata tra Italia e Spagna*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 381 ss.

<sup>18</sup> F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, 2020.

<sup>19</sup> La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come il rilascio di una autorizzazione condizionata non renda i relativi vaccini “farmaci sperimentali”, bensì più semplicemente comporti una diversa (certamente meno rigorosa) forma di verifica degli stessi. “I quattro vaccini attualmente disponibili per l'infezione da Covid-19 non sono in fase di sperimentazione, perché non può considerarsi tale la procedura di autorizzazione condizionata (cosiddetto Cma, Conditional marketing authorisation) da parte della Commissione, previa raccomandazione dell'EMA. Si tratta di uno strumento collaudato che arriva a valle di un rigoroso processo di valutazione scientifica che non consente alcuna equiparazione dei vaccini a farmaci sperimentali” (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 10 settembre 2021, n. 261, in *Guida al diritto*, 37/2021).

<sup>20</sup> A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., 438-439.

di così forti limiti<sup>21</sup>, le politiche pubbliche di contenimento e contrasto dell'epidemia da Covid-19 appaiono, quindi, ispirate ad un metodo precauzionale "spinto", ovvero teso ad imporre limitazione rivelatesi in un secondo momento forse non del tutto giustificabili in termini di proporzionalità della misura, ma necessitate proprio dalla peculiare incertezza scientifica connessa all'analisi del rischio.

3. *La prospettata applicazione del principio di precauzione "in modo inverso": un modello che non convince.*

Pertanto, a ben vedere – a dispetto di quanto affermato dal Consiglio di Stato nella decisione n. 7045/2021 cit. e ribadito dall'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa che si commenta – il periodo emergenziale che stiamo vivendo ha registrato una ampia applicazione del principio di precauzione non in senso inverso, bensì proprio nella sua espressione classica, ovvero quale parametro decisorio in ragione del quale – in una prospettiva solidaristica del diritto alla salute<sup>22</sup> – prevalenti esigenze di tutela della salute collettiva hanno legittimato l'apposizione di limiti ad altri diritti o libertà (iniziativa economica; circolazione, ecc.), pur in un contesto di forte incertezza scientifica<sup>23</sup>.

Per quale ragione, dunque, nel caso della disposizione che impone ad alcu-

---

<sup>21</sup> Sul tema della centralità del rispetto del principio di trasparenza da parte del decisore pubblico in contesti a carattere emergenziale quale l'attuale pandemia si rinvia a F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del CTS nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 20/2021, 217 ss. Per una analisi del principio di trasparenza con specifico riferimento all'imposizione di un obbligo vaccinale v. A. SIMONATI, *Adempimenti comunicativi e legittimità dell'obbligo vaccinale: la (multiforme) influenza del principio di trasparenza amministrativa*, in questo fascicolo di questa *Rivista*; N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, cit., la quale esamina il tema degli obblighi informativi che incombono in capo all'amministrazione in un'ottica di superamento del modello dell'obbligo vaccinale.

<sup>22</sup> Sul diritto alla salute quale espressione (anche) del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., v. L. LORELLO, *Obbligo vaccinale e limiti: una recente decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana*, in questo fascicolo di questa *Rivista*; N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1/2018, 237 ss. In termini cfr. Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118; Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268; Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258; Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307.

<sup>23</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, in *Foro amm.*, 5/2020, 1103, ove si sottolinea che "le restrizioni dovute alla necessità di contenere l'epidemia sono state adottate, e vengono in questa seconda fase rimosse, gradualmente, in modo che si possa misurare, di volta in volta, la curvatura assunta dall'epidemia in conseguenza delle variazioni nella misura delle interazioni sociali. Un tale modus operandi appare senza dubbio coerente con il principio di precauzione, che deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria quale quello in atto, dovuta alla circolazione di un virus, sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica".

ni soggetti di sottoporsi alla vaccinazione il principio di precauzione dovrebbe trovare una applicazione “inversa”? La risposta, in effetti, è piuttosto intuitiva: il tema dell’obbligo vaccinale fa emergere una dinamica del tutto differente rispetto a quella che generalmente connota la decisione precauzionale (ovvero diritto ambiente/salute vs. altro diritto o libertà), ponendo in contrapposizione due diritti analoghi, attribuiti, però, a categoria soggettive differenti: il diritto alla salute del singolo (*sub specie* di diritto all’autodeterminazione terapeutica)<sup>24</sup> vs. il diritto alla salute della collettività<sup>25</sup>.

A fronte di tale peculiare contrasto (salute contro salute), le risposte della giurisprudenza non sono state sempre univocamente a favore della dimensione collettivistica degli interventi di tutela della salute: basti pensare a quelle pronunce che – in relazione all’uso delle mascherine nelle scuole – hanno concluso per la prevalenza del diritto alla salute del singolo minore con deficit respiratori nei confronti del diritto alla salute degli altri componenti della comunità scolastica<sup>26</sup>.

E allora, a ben vedere, nel caso dell’imposizione dell’obbligo vaccinale per Covid-19 in capo a determinate categorie di persone, non è corretto parlare di applicazione in senso inverso del principio di precauzione, bensì di (parziale) non applicazione dello stesso<sup>27</sup>, nella misura in cui esso opera correttamente se si esamina il fenomeno dal punto di vista della 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

<sup>24</sup> Nella sua accezione individuale, il diritto alla salute è evidentemente proiezione anche del principio di autodeterminazione terapeutica, già presente nel nostro ordinamento e oggi espressamente affermato dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), il cui art. 1 dispone che “nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”. Sul tema si rinvia a G. LUCCIOLI, *Consenso informato, legge n. 219 del 2017 e sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019 nella prospettiva del giudice civile*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2021; A. CARMINATI, *Il principio di autodeterminazione terapeutica nella Costituzione italiana e i suoi risvolti ordinamentali*, in *Giur. penale web*, 2019.

<sup>25</sup> Sulla duplice dimensione, individuale e collettiva, del diritto alla salute v. E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5961 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 gennaio 2021, n. 304, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si dispone che “alla minore non possa essere imposto l’uso del DPI per la durata delle lezioni, essendo il pericolo di affaticamento respiratorio — in mancanza di una costante verificabilità con saturimetro — troppo grave e immediato”. In senso analogo anche Cons. Stato, sez. III, 1 marzo 2021, n. 1006, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): “Va sospeso l’obbligo di indossare il DPI (mascherina) per l’intera durata della giornata scolastica da parte di un minore di 12 anni che ha dimostrato difficoltà respiratorie connesse all’uso della mascherina stessa”.

<sup>27</sup> In termini F. GAMBARDELLA, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà*, cit., 7.

il legislatore – in una situazione di grave incertezza scientifica ed in presenza di vaccini autorizzati in via d’urgenza, sulla base di dati meno completi di quelli generalmente richiesti – ad individuare soluzioni meno nette ed irreversibili<sup>28</sup>, quali il tampone obbligatorio o, al più, la raccomandazione della vaccinazione nei confronti degli operatori sanitari<sup>29</sup>. Come riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale, del resto, “la tecnica della raccomandazione esprime maggiore attenzione all’autodeterminazione individuale [...] e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell’art. 32 Cost., ma è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo”<sup>30</sup>.

Sarebbe stato questo, in qualche misura, un possibile ambito di applicazione della c.d. *nudge theory*<sup>31</sup>, ovvero di quel modello di decisione pubblica tesa ad

<sup>28</sup> Sottolinea il carattere centrale della non reversibilità dell’inoculazione del vaccino A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., 451-452.

<sup>29</sup> Sulla necessità che, in situazioni emergenziali quali una pandemia, il decisore pubblico operi un costante bilanciamento tra diritto individuale all’autodeterminazione e diritto alla salute pubblica v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 ottobre 2020, n. 10047, in *Foro amm.*, 10/2020, 1917: “La scelta tra obbligo e raccomandazione ai fini della somministrazione del vaccino costituisce in particolare il punto di equilibrio, in termini di bilanciamento tra valori parimenti tutelati dalla Costituzione (nonché sulla base dei dati e delle conoscenze scientifiche disponibili), tra autodeterminazione del singolo da un lato (rispetto della propria integrità psico — fisica) e tutela della salute (individuale e collettiva) dall’altro lato”.

<sup>30</sup> Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268. La stessa Consulta in più occasioni ha, parallelamente, osservato come “nell’orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria, la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo” (Corte cost., 26 maggio 2020, n. 118; in termini v. Corte cost., 17 aprile 2019, n. 137; Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 5). Si sofferma sulla maggiore adeguatezza del modello di regolazione basato sul binomio raccomandazione/comunicazione, piuttosto che su quello obbligo/sanzione, in quanto analogamente efficace e maggiormente rispettoso del principio di autodeterminazione individuale A. FAGGIOLI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate. Mutamenti di concezioni, aspettative della comunità, comunicazione per la promozione della salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2/2006, 75 ss.

<sup>31</sup> Per un’approfondita analisi dei caratteri di tale teoria si rinvia all’ultimo lavoro monografico di A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo*, Napoli, 2021, il quale – partendo dagli studi di economia comportamentale di R.H. THALER, C.R. SUSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008, trad. it. di A. OLIVIERI, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano 2009 – si interroga sulla compatibilità della *nudge theory* con il diritto e, in particolare, con l’esercizio della funzione amministrativa. Sul tema è sorto un interessante dibattito in letteratura, in ordine al quale si rinvia a L. IANNOTTA, *Recensione ad Alberto Zito, La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, in *Nuove autonomie. it.*, 2/2021, 543 ss.; G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Il dir. dell’economia*, n. 1/2022, 11 ss.

indurre un comportamento attraverso “spinte gentili”, configurabili, nel caso di specie, in una completa e trasparente comunicazione dei dati, nonché nel riconoscimento di maggiori “libertà” ai soggetti vaccinati (v. il c.d. *Green pass*)<sup>32</sup>. Sebbene, a ben vedere, in quest’ultima ipotesi, tale richiamo non appaia pienamente coerente con la *ratio* delle politiche di *nudging*, giammai tese a “ricattare” il singolo attraverso la minaccia della privazione di un diritto, quanto piuttosto ad indurlo a scegliere una opzione ritenuta “preferibile” dal decisore pubblico attraverso il riconoscimento di “premi” o vantaggi<sup>33</sup>.

#### 4. Conclusioni. La “tirannia” solidaristica e il mancato bilanciamento tra la dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute.

Per concludere, il concetto stesso di applicazione inversa del principio di precauzione non convince. Del resto affermare che un principio debba applicarsi in maniera inversa, equivale a dire – da un punto di vista logico prima ancora che giuridico – derogare al principio stesso. Mi sembra, quindi, che la scelta sia stata quella di ergere a rango primario il principio di solidarietà, portando alle estreme conseguenze quella concezione della tutela della salute intesa come “patto di solidarietà” tra individuo e collettività, pur accolta dalla Corte Costituzionale<sup>34</sup>, senza tuttavia mai abbandonare la centralità della dimensione individuale della stessa tutela della salute e, in special modo, il limite del rispetto della persona umana imposto dall’art. 32 Cost<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Per un’approfondita analisi dei diversi interventi che hanno condotto al modello del *Green pass* quale principale misura di contenimento della curva pandemica, v. I. SPADARO, *Green pass in Italia e all’estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *Federalismi.it*, 2021. Sulla sostanziale equiparazione tra imposizione e “raccomandazione” vaccinale, almeno ai fini del sorgere del diritto all’indennizzo, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., 451.

<sup>33</sup> In termini v. R. LOMBARDI, F. SANTINI, *Green pass ed obbligo vaccinale, nel prisma delle scienze razionali*, le quali osservano che “per rientrare negli schemi della *nudge regulation* tecnicamente intesa, l’influenza sulla decisione dell’individuo deve essere relativamente tenue, indulgente o poco invadente, una “spinta gentile”, secondo il linguaggio dell’economia comportamentale, tale per cui le scelte non vengono bloccate, impedito o rese eccessivamente onerose. E – sia detto anche solo per inciso – sulla vicenda del *green pass* gli schemi normativi adottati per la persuasione non sembrano esattamente attagliarsi alla definizione”, 5. *Contra* G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, cit., 36, che invece colloca la misura del *Green pass* all’interno degli interventi di *nudging*.

<sup>34</sup> Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118.

<sup>35</sup> “Se autodeterminazione e dignità della persona non sono diritti altri rispetto a quello alla salute, ma in qualche modo concorrono a definirne il contenuto, è evidente che quest’ultimo non potrà essere uguale per tutti, né potrà essere predeterminato in ogni suo aspetto. [...] La salute non è più salute del corpo, identica per tutti, ma salute dell’individuo, specifica e diversa nella misura in cui specifica e diversa è l’idea del proprio benessere che ciascuno ha per sé” A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 3/2018, 521.

Al contrario, l'imposizione del vaccino obbligatorio per alcune categorie di cittadini – a fronte di una oggettiva incertezza circa l'efficacia dello stesso e, soprattutto, i rischi ad esso connessi – comporta che gli interventi di medicina individuale, il cui *focus* è la tutela della persona, hanno completamente ceduto il passo alle misure di sanità pubblica, rivolte alla protezione della popolazione nel suo insieme. E ciò, tra l'altro, senza nemmeno adeguatamente individuare i caratteri di tale interesse collettivo, attesa l'impossibilità di prevedere, ad oggi, i potenziali effetti di una imposizione vaccinale generalizzata sulla popolazione nell'arco di una decina o ventina di anni<sup>36</sup>.

Non si intende in alcun modo negare, si badi, la legittimità se non addirittura la necessità di una campagna vaccinale estesa, senza la quale presumibilmente l'Italia oggi registrerebbe ben altri dati: spingere la popolazione a vaccinarsi legando a tale fattore l'esercizio di alcuni diritti e libertà; utilizzare tecniche di comunicazione idonee a consentire ai cittadini di decidere consapevolmente di sottoporsi ad un trattamento sanitario per tutelare la salute personale e collettiva<sup>37</sup>; sono tutte politiche pubbliche pienamente coerenti con un contesto pandemico emergenziale. Ma è evidente che – nell'ambito di una analisi giuridica del fenomeno – tutto cambia quando dalla raccomandazione si passa all'obbligo.

Non si ignora certo che la Corte Costituzionale ha in più occasioni sancito la legittimità di una previsione che introduca l'imposizione obbligatoria di un vaccino, e ciò proprio alla luce della dimensione solidaristica della tutela della salute; tuttavia, la stessa Consulta pone tra i requisiti affinché la legge impositiva di un trattamento sanitario non sia incompatibile con l'art. 32 Cost., che si preveda che esso “non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili”<sup>38</sup> e che tale previsione sia “basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”<sup>39</sup>.

Quindi, in risposta all'interrogativo che ci si è posti al principio, mi sembra

---

<sup>36</sup> A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., 444.

<sup>37</sup> Sul legame esistente tra un sistema di comunicazione inadeguato circa i benefici ed i rischi legati alla vaccinazione e il fenomeno della c.d. *vaccine hesitancy* v. S. ROSSI, *Lezioni americane. Il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2018, 749 ss., il quale – nel richiamare studi effettuati negli Stati Uniti – evidenzia come l'esitazione vaccinale non sia affatto, come si può credere, frutto di ignoranza, bensì derivi da un errato modello di comunicazione, atteso che “nel settanta per cento dei casi, i medici forniscono ai genitori informazioni sugli effetti secondari delle vaccinazioni in modo estremamente approssimativo e che, in generale, il tempo dedicato alla comunicazione sui rischi e sul programma nazionale di indennizzo è solo residuale e secondario”, 780.

<sup>38</sup> Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258.

<sup>39</sup> Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 5.

non si possa che ritenere improprio il richiamo al principio di precauzione quale fondamento dell'introduzione della misura dell'obbligo vaccinale in esame. Si è detto che la discrezionalità che la Corte Costituzionale riconosce al legislatore nella individuazione delle modalità attraverso cui combattere le conseguenze della diffusione di una malattia infettiva deve essere guidata dalle risultanze scientifiche<sup>40</sup>, il che – attesa la debolezza delle stesse in termini di verificabilità – avrebbe dovuto far assurgere a principio “faro” delle politiche di intervento pubblico proprio il principio di precauzione. Al contrario, ponendosi in un'ottica unicamente collettivistica, il legislatore ha di fatto attribuito al principio di solidarietà una veste “tiranna”<sup>41</sup>, optando per una massimizzazione della riduzione del “danno pandemico” tale da giustificare – in riferimento alla tutela della salute individuale degli operatori sanitari – la temporanea sospensione dell'operatività del principio di precauzione.

---

<sup>40</sup> “La discrezionalità del legislatore nel disegnare misure di contrasto della pandemia, bilanciando la tutela di interessi e diritti in gioco, è più ampia che in condizioni ordinarie” (Corte cost., 11 novembre 2021, n. 213). Più in generale, la Corte Costituzionale ha avuto modo in più occasioni di ribadire come – in relazione al settore della tutela della salute – il legislatore è tenuto a fondare le proprie scelte sulla base delle risultanze tecnico-scientifiche (cfr. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268; Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118).

<sup>41</sup> Come noto, il rischio di una “assolutizzazione” del diritto alla salute è stato spesso affrontato dalla Consulta in relazione al rapporto tra art. 32 (diritto alla salute) e art. 41 (libertà dell'iniziativa economica privata). Particolarmente significativa, al riguardo, Corte cost. 23 marzo 2018, n. 58, ove è chiarito che “il bilanciamento deve essere condotto senza consentire l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”. Nel caso di specie, la peculiarità riposa nella circostanza che l'assolutizzazione del principio di solidarietà finisce per configurare un contesto di “tirannia” del diritto alla *salus rei publicae* nei confronti del pari diritto alla salute individuale.

## Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022, Obbligo vaccinale e limiti: una recente decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana

di Laura Lorello

1. Con l'ordinanza n. 38 del 17/01/2022, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha avuto modo di intervenire sulla complessa questione della vaccinazione obbligatoria per il Covid-19, prescritta nei confronti di particolari categorie di soggetti.

La vicenda trae origine dall'impugnazione di fronte al Tar Sicilia del provvedimento del Rettore dell'Università di Palermo, con cui si confermava l'obbligo vaccinale anti Covid-19 per lo svolgimento dei tirocini di area medico-sanitaria<sup>1</sup>. Il ricorrente, studente iscritto al terzo anno del corso di laurea in Infermieristica presso l'Università di Palermo, aveva chiesto al giudice amministrativo di primo grado la sospensione in via cautelare del citato provvedimento rettorale, affermando da un lato che la natura sperimentale del vaccino avrebbe impedito che lo stesso gli venisse somministrato; e dall'altro lato che, avendo egli già contratto la malattia ed essendone guarito, disponeva di "memoria anticorpale e di immunità naturale". Il Tar respingeva l'istanza cautelare, sulla base del fatto che al ricorrente, pur non potendo egli esercitare il tirocinio, in quanto soggetto non vaccinato, era comunque dato di svolgere altre attività didattiche previste dal suo piano di studi. Aggiungeva il Tar che la circostanza che l'esame del sangue dello studente, effettuato il 12/4/2021, avesse rivelato un basso numero di anticorpi, rendeva necessaria l'inoculazione del vaccino, poiché, "in un'ottica di bilanciamento dei contrapposti interessi e allo stato dei fatti", appariva "prevalente l'interesse pubblico a evitare di far frequentare le strutture sanitarie da soggetti non vaccinati, esponendo a rischio di contagio operatori sanitari e pazienti ivi presenti"<sup>2</sup>.

L'ordinanza del Tar Sicilia è stata successivamente impugnata in appello di fronte al Cga, che si è pronunciato con la citata decisione n. 38 del 2022.

Nel ritenere attuale l'interesse del ricorrente alla decisione, in quanto non appartenente alla fascia di età per la quale il dl n. 1 del 2022<sup>3</sup> ha introdotto l'obbligo vaccinale (soggetti di età superiore a 50 anni). Il giudice amministrativo ha respinto, perché infondate, le doglianze volte ad escludere l'obbligatoria

---

<sup>1</sup> Tar Sicilia, sez. I, ordinanza n. 1309 del 20/09/2021, il Tar ha respinto l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento dell'Ufficio di Gabinetto del Rettore n. 44582 del 27/4/2021.

<sup>2</sup> Tar Sicilia, sez. I, ordinanza n. 1309 del 20/09/2021, 3).

<sup>3</sup> DL 7/1/2022, n. 1 "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore".

somministrazione del vaccino agli studenti tirocinanti, prevista dall'art. 4 del dl n. 44 del 2021<sup>4</sup>.

Infatti, richiamando la recente decisione del Consiglio di Stato n. 7045 del 2021<sup>5</sup>, il Cga ha ricondotto la posizione dell'appellante, studente universitario in procinto di intraprendere il tirocinio formativo previsto dal Corso di laurea in Infermieristica, a quella delle categorie per le quali l'art. 4 del dl n. 44 del 2021 prescrive la vaccinazione, e cioè, "gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori sanitari che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali". Tuttavia, il giudice amministrativo ha ritenuto di dovere esaminare alcuni profili di legittimità costituzionale, riscontrabili nella vicenda esaminata ed evidenziati dall'appellante<sup>6</sup>.

In particolare, il Collegio<sup>7</sup>, ravvisando differenti ed ulteriori questioni rispetto a quelle oggetto della decisione del Consiglio di Stato n. 7045, si sofferma sulla contestazione del sistema di farmacovigilanza, sotto l'aspetto della validità e della sufficienza; e sulla compatibilità della disciplina nazionale che prescrive l'obbligo vaccinale "con il diritto eurounitario, con riferimento, tra gli altri profili, a quello del consenso informato"<sup>8</sup>.

Rispetto a tali questioni, secondo il giudice amministrativo<sup>9</sup>, sussiste la rilevanza, dato che è stata accertata l'obbligatorietà del vaccino per l'appellante.

Riguardo alla non manifesta infondatezza, diversamente, lo stesso giudice ritiene necessaria una più approfondita istruttoria, volta a stabilire se l'obbligo vaccinale per il Covid-19 "soddisfi le condizioni dettate dalla Corte Costituzionale in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria dei cittadini in ambito vaccinale", cioè il carattere non nocivo dell'inoculazione per il paziente che vi si sottoponga e il conseguimento di un "beneficio per la salute pubblica"<sup>10</sup>.

Questi interrogativi sono, poi, articolati in una pluralità di aspetti, che il Collegio sviluppa ulteriormente<sup>11</sup> e che formula, infine, al punto 9.4 della decisione.

---

<sup>4</sup> DL 1/4/2021, n. 21 "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-COV2, di giustizia e di concorsi pubblici".

<sup>5</sup> Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 20/10/2021, n. 7045.

<sup>6</sup> Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 17/1/2022, n. 38, punto 5.

<sup>7</sup> Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 17/1/2022, n. 38, punto 8.2.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 17/1/2022, n. 38, punto 9.

<sup>10</sup> Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 17/1/2022, n. 38, punto 9.2.

<sup>11</sup> Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 17/1/2022, n. 38, punti 9.2 e 9.3.

La conoscenza delle risposte alle richieste così formulate viene ritenuta dal giudice amministrativo necessaria, per rendere sufficiente l'istruttoria sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale<sup>12</sup>.

Elemento di novità è che il Cga non proceda direttamente all'analisi dei profili elencati, ma la affida ad un soggetto a sé esterno, di evidente competenza tecnica, del quale specifica la composizione: il Segretario generale del Ministero della Salute, il Presidente del Consiglio Superiore della Sanità operante presso il Ministero della Salute e il Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria; inoltre dispone direttamente la convocazione dell'organo in apposita udienza camerale per la data del 16/3/2022<sup>13</sup>.

2. Nella sua articolata richiesta, il giudice amministrativo individua quattro diversi aspetti su cui interroga il Collegio e cioè:

- 1) se il vaccino “non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato”, eccetto che per effetti collaterali tollerabili perché di modesta entità e durata;
- 2) se vi sia stata una comunicazione adeguata verso il destinatario del trattamento (o la persona chiamata a decidere per suo conto) riguardo ai “rischi di lesione [...] verificabili e alle particolari precauzioni [...] adottabili” sulla base delle conoscenze mediche disponibili;
- 3) se la previsione del trattamento sanitario adottata dal legislatore sia conforme alle “acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica” e se sia “rivalutata e riconsiderata” sulla base dell'evoluzione delle conoscenze medico-scientifiche;
- 4) se il legislatore abbia individuato e stabilito “in termini normativi, specifici e puntuali”, sulla base di quanto “raccomandato” dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 258 del 1994, “gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze”<sup>14</sup>.

3. Numerosi sono i profili problematici rinvenibili nella vicenda oggetto dell'esame del giudice amministrativo. Tra di essi si ritiene opportuno soffer-

---

<sup>12</sup> Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 17/1/2022, n. 38, punto 9.4.

<sup>13</sup> Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 17/1/2022, n. 38, punto 9.4. Sempre nel punto 9.4 il Cga precisa più nel dettaglio i quesiti che dovranno essere oggetto della relazione dell'organo.

<sup>14</sup> Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 17/1/2022, n. 38, punto 9.2. La complessità della questione relativa agli obblighi vaccinali viene affrontata da A. MANGIA, *Si Caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, 432 ss.

marsi su alcuni, connessi alla giurisprudenza costituzionale relativa alle politiche vaccinali e al valore che la Carta costituzionale attribuisce ai trattamenti sanitari obbligatori e alla somministrazione del vaccino, in particolare.

È noto come i vaccini siano stati nel tempo disposti dal legislatore in riferimento a determinate malattie e a determinate categorie di destinatari. Come affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 5 del 2018<sup>15</sup>, le scelte che il legislatore può adottare riguardo alla somministrazione dei vaccini possono spaziare, con diverse gradazioni, dalla semplice raccomandazione all'obbligo, che peraltro può essere rafforzato dalla previsione di una misura sanzionatoria, volta a garantire la sua effettività<sup>16</sup>.

Questa gradazione è guidata necessariamente, da un lato, dalla situazione sanitaria ed epidemiologica, monitorata e verificata dalle autorità sanitarie a ciò preposte; ed è guidata, dall'altro lato, dalle risultanze della ricerca medica, per loro natura dinamiche e sottoposte a costante aggiornamento<sup>17</sup>.

Dunque, ogni misura legislativa in materia è, per così dire, *contestualizzata*, cioè legata alla concreta situazione dell'epidemia e allo stato di avanzamento della ricerca medico-scientifica. E così nel caso dell'epidemia da Covid-19, il legislatore ha adottato una politica inizialmente fondata sulla raccomandazione<sup>18</sup>, e poi accompagnata dalla previsione dell'obbligo di somministrazione del vaccino a determinate categorie di soggetti, la cui platea è stata gradatamente estesa, sulla base dell'attività lavorativa degli stessi, svolta in stretto contatto con il pubblico. Questo progressivo ampliamento dei soggetti destinatari dell'obbligo vaccinale è avvenuto tenendo conto dell'andamento dei contagi, nel numero e nella qualità (età, stato di salute, etc.), dell'evoluzione della malattia nei soggetti contagiati, della sua virulenza e della incidenza della stessa sul tasso di occupazione dei reparti ospedalieri e delle terapie intensive. Tutti questi dati sono stati forniti dalle autorità sanitarie e dal Comitato tecnico-scientifico, sulle cui indicazioni hanno trovato e trovano fondamento le scelte legislative, permettendo così un continuo e periodico monitoraggio della situazione epidemiologica ed un possibile aggiornamento delle soluzioni adottate. Appare, in tal modo realizzata quella "flessibilizzazione della normativa", che la Corte Costituzionale richiama nella sentenza n. 5 del 2018, che va attivata "alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate" e che, secondo il giudice costituzionale, "denota che la scelta legislativa a favore dello

<sup>15</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018. Di "approdo molto significativo" sul tema degli obblighi vaccinali in questa decisione, parla P. GIANGASPERO, *Oneri vaccinali per gli operatori sanitari e competenze regionali concorrenti*, in *Le Regioni*, 4, 2019, 1057 ss.

<sup>16</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018, cons. dir. 8.2.1.

<sup>17</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018, cons. dir. 8.2.1, si veda P. GIANGASPERO, *Oneri vaccinali*, cit., 1059.

<sup>18</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018, cons. dir. 8.2.3.

strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso"<sup>19</sup>.

Nella vicenda oggetto della decisione n. 5 del 2018 citata, emerge con chiarezza il profilo dell'evoluzione della disciplina legislativa in materia di obbligatorietà dei vaccini. In particolare, la Corte era chiamata ad occuparsi della impugnazione da parte della regione Veneto del dl 7/6/2017, n. 73<sup>20</sup>, riguardo a diversi parametri costituzionali, tra i quali gli artt. 2, 3 e 32 Cost.

Secondo la ricorrente, l'introduzione repentina di nuove vaccinazioni obbligatorie, operata dal dl n. 73, era in contrasto con il diverso approccio adottato in ambito regionale, fondato sul "convincimento e sulla persuasione" della popolazione, approccio considerato più compatibile con la libertà di autodeterminazione e più idoneo a realizzare il bilanciamento richiesto dall'art. 32 Cost.

Rispondendo alle censure sollevate, il giudice costituzionale, innanzitutto, ripropone la propria ricostruzione del diritto alla tutela della salute, che contempla, accanto alla prospettiva individuale cui appartiene la libertà di curarsi, anche "il coesistente e reciproco diritto degli altri" e "l'interesse della collettività"<sup>21</sup>.

Tra questi elementi, ricorda la Corte, occorre operare un "necessario temperamento", in conformità all'art. 32 Cost., che trova realizzazione nei requisiti che essa stessa individua riguardo ai trattamenti sanitari obbligatori, come i vaccini:

- quello di preservare lo stato di salute degli altri;
- quello di non incidere sullo stato di salute del soggetto obbligato, se non in misura normale e tollerabile;
- quello di prevedere un'equa indennità nel caso di danni ulteriori derivanti dal trattamento vaccinale<sup>22</sup>.

Questo temperamento può richiedere approcci diversi nelle scelte legislative di prevenzione delle malattie infettive, scelte motivate dall'obiettivo dell'efficacia della prevenzione stessa e, come già ricordato, declinabili in misure che vanno dalla raccomandazione all'obbligo.

Nel caso esaminato, l'introduzione della obbligatorietà di vaccinazioni, in precedenza solo raccomandate<sup>23</sup>, si inquadra proprio nell'esigenza di tutelare la salute in tutte le sue sfaccettature. Nel momento, cioè, in cui l'approccio del dialogo e della persuasione praticato dalla regione Veneto non appariva più accompagnato da un'adesione adeguata alla politica vaccinale, per la tutela col-

<sup>19</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018, cons. dir. 8.2.4.

<sup>20</sup> "Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale", convertito nella l. 31/7/2017, n. 119.

<sup>21</sup> Cui la Corte aggiunge quello del bambino, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018, cons. dir. 8.2.1.

<sup>22</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018, cons. dir. 8.2.1.

<sup>23</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018, cons. dir. 8.2.4.

lettiva della salute<sup>24</sup> si era reso necessario l'intervento del legislatore statale, per assicurare che venisse ripristinata la copertura vaccinale originaria.

La nuova disciplina, peraltro, proprio allo scopo di porsi nel solco della prassi precedente, confermava il mantenimento di un dialogo con i soggetti interessati, “basato sull'informazione, sul confronto e sulla persuasione”, concretizzato nella previsione di un apposito colloquio tra le autorità sanitarie e genitori<sup>25</sup>, volto a costruire il loro consenso alla pratica vaccinale. Solo se in esito a questa procedura l'obbligo non fosse stato rispettato, sarebbero state applicate le sanzioni previste.

In definitiva, la Corte, in questa decisione, prospetta il particolare percorso che deve caratterizzare l'introduzione dell'obbligatorietà dei vaccini, un percorso fondato sulla gradualità delle scelte legislative, sulla loro revisionabilità in relazione allo stato e allo sviluppo delle malattie, sulla persuasione e sull'informazione dei cittadini, nella prospettiva del temperamento dei diversi interessi contemplati dall'art. 32 Cost<sup>26</sup>.

4. Sotto il profilo dei soggetti obbligati a ricevere il vaccino, in ragione dello svolgimento di attività che li mettono in contatto con altri soggetti, specie se più vulnerabili, come personale medico e sanitario in generale, specializzandi e tirocinanti, può essere utile richiamare la decisione del Corte Costituzionale n. 137 del 2019<sup>27</sup>.

La vicenda aveva ad oggetto l'impugnazione in via principale da parte del Governo della legge regionale della Puglia n. 27 del 2018<sup>28</sup>, per intero<sup>29</sup> e riguar-

---

<sup>24</sup> Circostanza confermata dalla “flessione preoccupante della copertura, alimentata anche dal diffondersi della convinzione che le vaccinazioni siano inutili, se non addirittura nocive”, Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018, cons. dir. 8.2.3.

<sup>25</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018, cons. dir. 8.2.4, misura che, ricorda la Corte, era stata inserita in sede di conversione del decreto legge.

<sup>26</sup> Proprio in riferimento all'esigenza di informare i cittadini riguardo all'efficacia dei vaccini e ai possibili effetti connessi alla loro somministrazione, va ricordato il recente Rapporto dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA), pubblicato il 9/2/2022, che ha monitorato i dati nel periodo 27/12/2020-26/12/2021. Si legge nel Rapporto che, nell'arco di tempo considerato, sono state somministrate 108.530.987 dosi di vaccino, rispetto alle quali sono stati segnalati 117.920 “sospetti eventi avversi”. In particolare, gli effetti avversi gravi con esito mortale, segnalati dopo l'inoculazione del vaccino, sono stati 758, ma quelli considerati correlabili direttamente al vaccino sono stati 22; di essi 10 dovuti a trombosi da vaccino a m-Rna e i restanti 12 dovuti a “fallimenti vaccinali” o “eventi sistemici” su pazienti fragili. In sostanza, una cifra pari a 0,2 casi per milione di dosi. L'Agenzia, conclude, dunque, confermando la sicurezza dei vaccini (<https://www.aifa.gov.it/-/aifa-pubblica-rapporto-annuale-su-sicurezza-vaccini-anti-covid-19>).

<sup>27</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 137 del 2019.

<sup>28</sup> L. r. Puglia 19/6/2018, n. 27 “Disposizioni per l'esecuzione degli obblighi di vaccinazione degli operatori sanitari”.

<sup>29</sup> Questione che la Corte dichiara inammissibile, Corte Costituzionale sentenza n. 137 del 2019, cons. dir. 2.

do a singole disposizioni, gli artt. 1.1 e 2, 4 e 5. I parametri invocati erano l'art. 3 Cost., per violazione del principio di eguaglianza, l'art. 32 Cost., per violazione della riserva di legge, l'art. 117.3 Cost., per violazione della riserva di competenza legislativa statale nella definizione dei principi fondamentali della materia della tutela della salute e, infine, l'art. 117.2 q) Cost. per violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale.

La Corte procede all'analisi congiunta dei profili di illegittimità costituzionale relativi agli artt. 1.2, 4 e 5 della legge regionale in riferimento alle disposizioni costituzionali richiamate, profili che ritiene, tuttavia, non fondati<sup>30</sup>.

In particolare, l'art. 1.1 della l. r. 27 del 2018 stabiliva che la Giunta regionale, con proprio apposito provvedimento (disciplinato dal successivo art. 4), poteva individuare in quali reparti "consentire l'accesso ai soli operatori che si siano attenuti alle indicazioni del Piano nazionale di prevenzione vaccinale vigente per i soggetti a rischio per esposizione professionale"<sup>31</sup>; la violazione di tali indicazioni era poi punita con apposita sanzione amministrativa, prevista dall'art. 5. Obiettivo della disposizione era di "prevenire e controllare la trasmissione delle infezioni occupazionali e degli agenti infettivi ai pazienti, ai loro familiari, agli altri operatori e alla collettività"<sup>32</sup>.

Secondo la Corte, il dato testuale della previsione, rispetto alla quale non risultava decisivo né il titolo della legge, né la denominazione della rubrica in cui era inserito l'art. 1, mostra che i contenuti del provvedimento si collocano all'interno della *organizzazione sanitaria*, che appartiene alla competenza legislativa concorrente della regione, in materia di tutela della salute, secondo l'art. 117.3 Cost. La legge regionale pugliese, infatti, non intendeva introdurre o regolare gli obblighi vaccinali, che ricadono nella competenza esclusiva del legislatore statale, ma si limitava ad intervenire su "l'accesso ai reparti degli istituti di cura", con lo

---

<sup>30</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 137 del 2019, cons. dir. 4. La Corte, diversamente, dichiara infondata la questione relativa all'art. 1.2 della l. r. n. 27 del 2018, poiché l'attribuzione ivi prevista alle direzioni sanitarie ospedaliere e territoriali di valutare l'opportunità di *prescrivere*, sentito il medico competente, e dunque di rendere obbligatorie, "vaccinazioni normalmente non raccomandate per la generalità degli operatori" (cons. dir. 4.1) violava effettivamente i limiti della competenza legislativa regionale, sanciti dall'art. 117.3 Cost., con conseguente lesione del principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost. e della riserva di legge statale dell'art. 32 Cost., poiché "Infatti, l'intervento regionale invade un ambito riservato al legislatore statale, sia in quanto inerente ai principi fondamentali concernenti il diritto alla salute, come disposto dall'art. 117, terzo comma, Cost., che riserva allo Stato «il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili» (sentenza n. 5 del 2018; analogamente sentenza n. 169 del 2017), sia perché attinente alla riserva di legge statale in materia di trattamenti sanitari di cui all'art. 32 Cost., riserva che, a sua volta, è connessa al principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost.", cons. dir. 4.2.

<sup>31</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 137 del 2019, cons. dir. 3.1.

<sup>32</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 137 del 2019, cons. dir. 3.1.

scopo di prevenire eventuali epidemie in quelle sedi<sup>33</sup>. Tanto vale per la Corte per affermare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento agli artt. 1.1, 4 e 5 della l. r. pugliese.

Ciò che rileva, ai fini di queste brevi note, è che la Corte mette in evidenza la finalità della disciplina censurata, ovvero la protezione della salute, in generale, "di chi frequenta i luoghi di cura". E l'accento viene posto dal giudice costituzionale prima sulla salute dei pazienti, "che spesso si trovano in condizione di fragilità e sono esposti a gravi pericoli di contagio", poi della salute dei loro familiari e su quella degli altri operatori e, infine e di riflesso, su quella dell'intera collettività<sup>34</sup>. In sostanza, al di là della questione della competenza, oggetto diretto del giudizio, risulta centrale nella decisione la configurazione dell'obbligo vaccinale quale fondamentale strumento di tutela della salute per tutti i soggetti che si trovino in strutture deputate alla cura, soprattutto i pazienti, primo oggetto dell'attenzione del legislatore pugliese, e successivamente, secondo una gradazione decrescente, di familiari, personale, comunità.

Ed è significativo che la Corte confermi la possibilità di estendere l'obbligo vaccinale, introdotto dalla legge regionale, sempre nell'ambito della citata competenza regionale in materia di organizzazione sanitaria, a tutti gli operatori sanitari, che prestano la loro attività professionale nelle "strutture facenti capo al servizio sanitario nazionale"<sup>35</sup>, con ciò aprendo anche alla possibilità di ricomprendere nella categoria anche chi svolge attività di tirocinio formativo, come nel caso oggetto dell'ordinanza del Cga<sup>36</sup>.

5. Un altro aspetto che viene in luce nella vicenda esaminata dal Cga è quello del valore che la somministrazione del vaccino assume nel sistema costituzionale.

Il vaccino costituisce, come è noto, un trattamento sanitario, per la cui imposizione occorre un'apposita previsione legislativa, stante la riserva di legge relativa dell'art. 32.2 Cost., previsione che deve sempre rispettare "i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

Questo disegno normativo ha, però, come essenziale premessa la partico-

---

<sup>33</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 137 del 2019, cons. dir. 3.3. La Corte precisa che tale finalità rientra nella competenza regionale in materia di vaccinazioni, competenza che «continuano a trovare spazi non indifferenti di espressione, ad esempio con riguardo all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni», come questa Corte ha di recente rilevato (sentenza n. 5 del 2018)".

<sup>34</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 137 del 2019, cons. dir. 3.3.

<sup>35</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 137 del 2019, cons. dir. 3.3.

<sup>36</sup> La Corte, inoltre valorizza la scelta del legislatore pugliese, richiamando la sollecitazione delle società medico-scientifiche verso la tenuta di "un appropriato comportamento del personale sanitario, per garantire ai pazienti la sicurezza nelle cure", con l'adozione di "atto prassi adeguate a prevenire le epidemie in ambito ospedaliero", cons. dir. 3.3.

lare configurazione della tutela della salute, sancita dal primo comma dell'art. 32 Cost. "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività". La tutela della salute, infatti, presenta due distinti profili, quello di fondamentale diritto dell'individuo e quello di altrettanto fondamentale interesse della collettività<sup>37</sup>. I due profili non possono essere separati perché proprio nella loro composizione riposa la sostanza del precetto costituzionale. Nella tutela della salute si incontrano la dimensione individuale e quella collettiva della persona, richiamate espressamente dall'art. 2 Cost., proprio in apertura della nostra Carta, e saldate insieme dal principio di solidarietà. È questa la prospettiva da cui guardare la previsione di un obbligo vaccinale, non riconducibile né solo all'aspetto dell'imposizione al singolo, né solo a quello del beneficio della collettività.

Chiare sono, a riguardo, le parole della Corte nella sentenza n. 307 del 1990<sup>38</sup>, nella quale il giudice costituzionale ha tracciato i requisiti di compatibilità di un trattamento sanitario obbligatorio con l'art. 32 Cost.<sup>39</sup>

In particolare, e proprio con riferimento al vaccino (nel caso di specie quello contro la poliomelite), la Corte mette in evidenza la necessaria, duplice funzione dello stesso, che deve essere volto "non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri"<sup>40</sup>. In questa prospettiva, il profilo individuale del diritto alla tutela della salute, che si riflette nella libertà di autodeterminazione del singolo riguardo ai trattamenti sanitari, può subire una compressione solo a condizione che questi incidano positivamente sul suo stato di salute e che, al tempo stesso, mirino a preservare la salute della collettività: e qui prende forma l'altro fondamentale profilo della tutela della salute, quello collettivo. È proprio nella intersezione dei due profili trova giustificazione la limitazione della libertà di scelta dell'individuo e la necessità della funzionalizzazione del trattamento sanitario al beneficio della collettività.

In questa limitazione dell'autodeterminazione dell'individuo si realizza, così, anche la dimensione solidaristica dell'art. 32, che lega il singolo alla comunità di

---

<sup>37</sup> Così V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1992, 557 ss., spec. 564. Su punto si richiamano, tra gli altri, S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione. (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, 876 ss., M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss. e più di recente E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5961 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 666 ss.

<sup>38</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 307 del 1990.

<sup>39</sup> La vicenda riguardava una madre che aveva contratto la poliomelite, in seguito alla somministrazione al figlio del relativo vaccino, previsto come obbligatorio dalla legge n. 51 del 1966, legge che però non prevedeva "un sistema di indennizzo e/o di provvidenze precauzionali e/o assistenziali per gli incidenti vaccinali", Corte Costituzionale sentenza n. 307 del 1990, cons. dir. 1

<sup>40</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 307 del 1990, cons. dir. 2.

cui è parte, cioè a quella *formazione sociale* di cui parla l'art. 2 Cost. La solidarietà, infatti, appare qui come effetto della proiezione dell'individuo nella comunità, proiezione che gli consente di vedere e di conoscere i bisogni degli altri, aprendo il suo sguardo alla condivisione e all'aiuto<sup>41</sup>.

Nel tessuto dell'art. 32 Cost. può ritrovarsi questa stessa trama, nel momento in cui le scelte del singolo riguardo alla propria salute oltrepassano i confini della sua sfera e ricadono sulla collettività. È qui che, in ragione di questo esito di *espansione*, deve fermarsi, e può quindi comprimersi, la sua libertà di autodeterminazione, nella conoscenza delle conseguenze che la propria scelta può causare sugli altri e nella disponibilità ad assumere condotte, come la soggezione ad un trattamento sanitario, che possano migliorare o salvaguardare la loro salute.

La Corte, però, consapevole della delicatezza dell'equilibrio che deve disegnare, precisa che il trattamento sanitario imposto dalla legge non deve mai incidere negativamente sullo stato di salute del soggetto cui è somministrato, ad eccezione delle "sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili"<sup>42</sup>. Ed aggiunge che, laddove il trattamento sanitario produca un danno alla salute nel soggetto che vi è stato sottoposto, occorre la previsione di una "di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento"<sup>43</sup>.

In questo composito quadro di riferimento, la Corte traccia, dunque, le coordinate costituzionali dei trattamenti sanitari e dei vaccini in particolare, rispetto ai quali la dimensione della solidarietà possiede due irrinunciabili e *reciproche* direzioni: dall'individuo verso la collettività e da questa verso l'individuo.

E così, se la prima, come detto, permette di limitare le scelte del singolo attraverso l'imposizione dell'obbligo vaccinale, la seconda postula che ciò avvenga sempre nel rispetto della sua salute, con il minor sacrificio possibile e con la predisposizione di ogni misura di ristoro, nel caso di conseguenze dannose: "(...) finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito"<sup>44</sup>.

E proprio nella vicenda oggetto della sentenza n. 307 del 1990, la mancata previsione di un rimedio per il danno derivante dalla somministrazione del

---

<sup>41</sup> E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, vol. I, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, 38 ss.

<sup>42</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 307 del 1990, cons. dir. 2.

<sup>43</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 307 del 1990, cons. dir. 2.

<sup>44</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 307 del 1990, cons. dir. 2. In un passaggio della decisione, la Corte afferma che l'eventuale danno alla salute subito dal soggetto per effetto del trattamento sanitario non può trovare giustificazione nel "il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività".

vaccino, in questo caso a carico della persona che prestava assistenza diretta al soggetto vaccinato, conduce alla dichiarazione di illegittimità delle disposizioni impugnate<sup>45</sup>, poiché queste non realizzavano quel “corretto bilanciamento dei valori” dell’art. 32 Cost., sulla base di quelle “stesse ragioni di solidarietà nei rapporti fra ciascuno e la collettività, che legittimano l’imposizione del trattamento sanitario”<sup>46</sup>.

Questa duplice *dimensione* del diritto alla tutela della salute e questa duplice *direzione* della solidarietà viene ribadita dalla Corte nella decisione n. 258 del 1994<sup>47</sup>, nella quale il giudice costituzionale evidenzia come, accanto, al profilo individuale della tutela della salute, che richiede che il soggetto che deve sottoporsi al trattamento vaccinale sia informato adeguatamente dei possibili rischi di complicanze, vi sia anche quello della “salvaguardia del valore (comprensivo come detto nel precetto costituzionale evocato) della salute collettiva”, verso la quale sono disposte le vaccinazioni obbligatorie, profili entrambi da comporre in un “necessario bilanciamento”<sup>48</sup>.

Ed a conferma dell’attenzione per ambedue gli aspetti, il giudice costituzionale sollecita il legislatore ad individuare e prescrivere “in termini normativi, specifici e puntuali [...] gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze”, pur ribadendo l’obbligatorietà della somministrazione generalizzata delle vaccinazioni, “ritenute necessarie alla luce delle conoscenze mediche,” e tenendo conto della “compatibilità” degli accertamenti preventivi con le “esigenze di generalizzata vaccinazione”<sup>49</sup>. Rispetto a queste la Corte non nasconde il rischio che una previsione “indiscriminata e generalizzata” di tutti i possibili accertamenti preventivi finirebbe con il rendere

---

<sup>45</sup> Degli artt. 1, 2 e 3 della l. 11/2/1966 n. 51 “Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica”.

<sup>46</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 307 del 1990, cons. dir. 3.

<sup>47</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 258 del 1994. Si trattava di una questione di legittimità sollevata riguardo alla l. 27/5/1991 n. 165 (“Obbligatorietà della vaccinazione contro l’epatite virale B”), a causa della mancata previsione di accertamenti preventivi idonei a ridurre il rischio di eventuali conseguenze dannose per l’integrità psico-fisica del soggetto sottoposto al trattamento vaccinale e volti ad accertare la presenza di eventuali controindicazioni alla somministrazione. Il giudice remittente, inoltre, contestava la mancata indicazione della tipologia di accertamenti da effettuarsi, data, a suo dire, l’insufficienza della semplice “visita obiettiva” e sola acquisizione delle informazioni anamnestiche.

<sup>48</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 258 del 1994. cons. dir. 5.

<sup>49</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 258 del 1994. cons. dir. 6. Nel caso oggetto del giudizio la Corte dichiara l’inammissibilità della questione di legittimità, poiché rimane al di fuori dei suoi poteri la definizione di una disciplina normativa volta ad individuare “con la maggiore precisione possibile le complicanze potenzialmente derivabili dalla vaccinazione” e gli accertamenti diagnostici necessari ai fini di un’efficace prevenzione delle prime, contenuti che spetta solo al legislatore definire. In sostanza, il giudice remittente chiede alla Corte “un adeguamento a Costituzione che si prospetta comunque non a rime obbligate”, cosa che le è precluso fare, cons. dir. 5-bis.

“impossibile”, “complicata” e “difficoltosa” la effettiva somministrazione dei trattamenti vaccinali<sup>50</sup>.

In sostanza, per la Corte, ferma l'esigenza, a garanzia dell'esercizio pieno della sua autodeterminazione, che il singolo sia messo in condizione di conoscere preventivamente i potenziali rischi di un vaccino obbligatorio, le relative procedure non possono in ogni caso compromettere la materiale realizzazione della pratica vaccinale, poiché ciò, ancora una volta, pregiudicherebbe il bilanciamento tra le due dimensioni, *individuale e collettiva*, della tutela della salute e tra le due direzioni della solidarietà, che l'art. 32 Cost. richiede.

6. Il profilo della solidarietà in materia di tutela della salute è tornato all'attenzione della Corte nella più recente sentenza n. 118 del 2020<sup>51</sup>. La questione sollevata dalla Corte di Cassazione riguardava la legittimità costituzionale dell'art. 1.1 della legge n. 210 del 1992<sup>52</sup>, nella parte in cui non prevedeva che, in caso di lesioni o infermità, causa di una menomazione permanente dell'integrità psico-fisica, e derivanti da una vaccinazione non obbligatoria, ma solo raccomandata, fosse corrisposto al soggetto danneggiato un indennizzo.

Nell'accogliere la questione sollevata, la Corte evidenzia, innanzitutto, che obiettivo fondamentale della campagna vaccinale è la profilassi delle malattie infettive; tale obiettivo accomuna le diverse possibili tecniche scelte dal legislatore, cioè tanto la raccomandazione quanto l'obbligo<sup>53</sup>, e ciò pur se la prima appare più attenta al profilo dell'autodeterminazione del singolo, e cioè il profilo del diritto soggettivo alla salute, e il secondo più orientato a quello oggettivo, cioè alla tutela della salute collettiva. Entrambe sono, quindi, volte alla protezione della salute “come interesse (anche) collettivo”<sup>54</sup>, con lo scopo di raggiungere la massima copertura vaccinale.

In questa prospettiva, non assume alcun rilievo che la vaccinazione sia raccomandata o obbligatoria, poiché l'adesione del singolo alla campagna vaccinale comporta comunque un effetto positivo, non solo sul suo stato di salute ma anche su quello della collettività. Proprio in ragione di ciò, per la Corte, si configura in capo alla stessa la necessità di farsi carico dei danni causati al soggetto dal trattamento vaccinale, in relazione al “dovere

---

<sup>50</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 258 del 1994. cons. dir. 5-bis.

<sup>51</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 118 del 2020.

<sup>52</sup> Legge 25/2/1992, n. 210 “(Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati)”.

<sup>53</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 118 del 2020, cons. dir. 3.3.

<sup>54</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 118 del 2020, cons. dir. 3.3.

di solidarietà”<sup>55</sup>, che li lega insieme. Secondo il giudice costituzionale, infatti, “le esigenze di solidarietà costituzionalmente previste” valgono, come già evidenziato, in senso *bidirezionale*, cioè non solo da parte dell’individuo verso la collettività, ma anche in senso inverso, da questa verso l’individuo, e richiedono che “sia la collettività ad accollarsi l’onere del pregiudizio da questi subito, mentre sarebbe ingiusto consentire che l’individuo danneggiato sopporti il costo del beneficio anche collettivo (sentenze n. 268 del 2017 e n. 107 del 2012)”<sup>56</sup>. Qui la previsione dell’indennizzo “completa” il *patto di solidarietà* “tra individuo e collettività”<sup>57</sup> e risponde alla logica di ripagare “a spese di tutti” un danno subito nell’interesse di “tutti”<sup>58</sup>, su cui la nostra Costituzione struttura la tutela della salute<sup>59</sup>.

Sulla base delle considerazioni esposte e senza alcuna pretesa di esaustività, se è questa la ricostruzione del diritto alla tutela della salute che il giudice costituzionale ci consegna e laddove gli accertamenti che il Cga ha ritenuto di affidare al Collegio appositamente nominato abbiano esito positivo, non sembra residuare spazio, per il ricorrente, per sottrarsi all’obbligo di vaccinazione imposto dalla legislazione nazionale e applicato dall’amministrazione universitaria, in quanto egli ricade nella tipologia di soggetti di area sanitaria, che ha contatti con il pubblico.

Sotto il profilo dell’indennizzo, poi, va aggiunto che la l. n. 210 del 1992 ha visto recentemente accrescere la dotazione finanziaria, proprio in relazione alle somme dovute per i danni derivanti dalla vaccinazione per Covid-19, tanto nel caso di obbligo vaccinale, quanto nei casi di non obbligatorietà<sup>60</sup>.

Al di là della concreta vicenda processuale, oggetto dell’attenzione del giu-

---

<sup>55</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 118 del 2020, cons. dir. 3.4.

<sup>56</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 118 del 2020, cons. dir. 3.4.

<sup>57</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 118 del 2020, cons. dir. 3.4. La Corte chiarisce anche, a ulteriore sostegno del patto di solidarietà tra individuo e collettività in materia di salute, che esiste un affidamento generato nel singolo dalla campagna vaccinale, un affidamento rispetto a quanto viene consigliato dalle autorità sanitarie. Questo affidamento trasforma “la scelta individuale di aderire alla raccomandazione”, “al di là delle particolari motivazioni che muovono i singoli.”, in una scelta “obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell’interesse collettivo”, cons. dir. 3.4. Aggiunge la Corte che la previsione dell’indennizzo non è in alcun modo riconducibile alla maggiore o minore affidabilità della somministrazione dei vaccini sul piano medico-scientifico, cons. dir. 3.4.

<sup>58</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 118 del 2020, cons. dir. 3.5.

<sup>59</sup> Ancora, secondo la Corte, ai fini del riconoscimento dell’indennizzo, non rileva che la vaccinazione e la relativa campagna di promozione fossero state operate sulla base della legislazione regionale, cons. dir. 3.3.

<sup>60</sup> La previsione è contenuta nell’art. 20 del dl 4 del 2022 (“Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all’emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico”).

dice amministrativo siciliano, la lunga epoca della pandemia, con tutte le sue difficoltà e contraddizioni, rappresenta un'occasione per interrogarci sul significato e sul valore della solidarietà nel nostro sistema costituzionale, ammonendoci sul fatto che essa costituisce l'essenziale fondamento dei doveri, prima ancora che dei diritti, su cui riposano gli ordinamenti democratici<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Il Consiglio di Stato nella citata decisione n. 7045 del 2021 richiama al punto 30.9 la sentenza della Corte Costituzionale n. 75 del 1992, nella quale si afferma che la solidarietà è “la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione”. Sulla difficoltà e sulla complessità dell’attuazione del principio di solidarietà, si veda il volume di S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict: European Social Law in crisis*, Cambridge, 2019 e più di recente, G. COMAZZETTO, *La solidarietà nello spazio costituzionale europeo. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, 258 e ss. e Q. CAMERLENGO, L. RAMPÀ, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid-19*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, 200 ss.

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 Europea<sup>1</sup>.

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”<sup>2</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> 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 fine<sup>3</sup>, o più brusco ed incisivo<sup>4</sup>, 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 strumenti<sup>5</sup>. 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"<sup>6</sup>. La prospettiva processuale del diritto gioca con le dimensioni temporali. Scrive Capograssi: "c'è certamente qualcosa di magico nel processo"<sup>7</sup>, 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

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

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

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

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

<sup>7</sup> 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 vaccinarsi<sup>8</sup> 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. 2<sup>9</sup>.

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 amplificato<sup>10</sup>. 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 secondi<sup>11</sup>. 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 cittadini<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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 costituzionale<sup>13</sup>, 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)<sup>14</sup>.

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 argine<sup>15</sup>. 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"<sup>16</sup>. 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 vaccinale<sup>17</sup>.

### 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).

<sup>13</sup> 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.).

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

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

<sup>17</sup> 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 nomofilattica<sup>18</sup>.

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.<sup>19</sup>.

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 fatto<sup>20</sup>.

---

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

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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 presenza<sup>21</sup>.

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"<sup>22</sup>. 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"<sup>23</sup>.

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 precettiva<sup>24</sup>.

---

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

<sup>22</sup> Così ancora P. GROSSI, op. ult. cit., 83 s.

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

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

# Obbligo vaccinale e discrezionalità legislativa: a proposito delle ordinanze CGARS nn. 38 e 351 del 2022

di Antonella Sciortino

SOMMARIO: 1. La ricostruzione del fatto. – 2. Le pronunce del Consiglio di giustizia amministrativa. – 3. In particolare, sull'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale. – 4. Considerazioni a margine: sull'obbligo vaccinale. – 5. ... e sul c.d. "consenso informato" in caso di obbligo vaccinale.

## 1. *La ricostruzione del fatto*

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana prende in esame la posizione di uno studente iscritto al corso di Laurea d'Infermieristica presso l'Università degli Studi di Palermo il quale, giunto al terzo anno e al fine di completare gli studi, è obbligato a partecipare al tirocinio formativo all'interno delle strutture sanitarie dell'Università o con la stessa convenzionate.

L'ateneo aveva in precedenza fornito alla Comunità Accademica le disposizioni relative allo svolgimento delle attività didattiche, tenuto conto delle linee guida ministeriali in materia di prevenzione della diffusione del virus SARS-COV-2.

In particolare, il Rettore aveva disposto la ripresa dello svolgimento dei tirocini curriculari dell'area medico-sanitaria in presenza, condizionandoli alla somministrazione vaccinale.

Tali indicazioni generali sono state contestate dallo studente che ne ha chiesto il riesame (fondato su argomenti poi posti a fondamento della richiesta di tutela giurisdizionale).

L'Ateneo ha ritenuto di confermare la posizione assunta evidenziando le ragioni sulle quali era necessaria la vaccinazione. In particolare, venivano richiamati:

- l'art. 23 del DPCM del 2 marzo 2021 in materia di autonomia degli Atenei nella pianificazione della attività didattiche durante l'emergenza sanitaria;
- il DL n. 44/2021 in materia di obbligo vaccinale per gli operatori sanitari, con la finalità di tutela della salute pubblica e di mantenimento delle condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni sanitarie;
- l'art. 2 c. 1 del D. Lgs. n. 81/2008 in materia di equiparazione del tirocinante al lavoratore ai fini della sicurezza sui luoghi di lavoro.

L'Ateneo, poi, ha fondato la propria negativa determinazione sulla specifica valutazione della situazione del ricorrente operata:

- dal c.d. Medico Competente (il quale, dopo averlo sottoposto a visita, aveva rilasciato il proprio giudizio di inidoneità al tirocinio formativo nei reparti di assistenza sanitaria);
- dalla propria articolazione di Medicina del Lavoro (che consigliava l'effettuazione del vaccino, in quanto nonostante il ricorrente avesse contratto il COVID19 nel gennaio 2021, presentava un basso titolo anticorpale già ad aprile 2021).

Il ricorrente, ritenendo di non potersi sottoporre all'inoculazione del "siero covid" sia per la natura sperimentale degli stessi, sia perché in passato ha contratto il covid e ne è guarito (circostanza questa che, a suo dire, gli avrebbe fornito memoria anticorpale e immunità naturale), sia ancora obiettando che, ove si sottoponesse all'inoculazione, rischierebbe danni alla propria salute<sup>1</sup>.

Sulla scorta di tali convincimenti il ricorrente si rivolge quindi al TAR per l'annullamento del diniego opposto e contesta, in estrema sintesi:

- la carenza assoluta di potere in capo al Rettore (che non potrebbe introdurre limitazioni al diritto allo studio e trattamenti di dati vaccinali non previsti da alcuna norma di legge);
- la violazione del considerando n. 36 del Regolamento UE 953-2021 e dell'art. 1, comma 6, del d.l. n.111 del 6.8.2021 (la cd. certificazione verde si ottiene non solo in seguito ad avvenuta vaccinazione, ma anche in virtù di certificazione medica, laddove si sia già contratto il Covid, come nel caso del ricorrente, o di tampone);
- la violazione dell'art. 4 d.l. n.44/2021 (convertito in l. n.76/2021), dal quale non discenderebbe alcun obbligo vaccinale per gli studenti universitari;
- invalidità derivata per illegittimità della dichiarazione dello stato di emergenza; illegittimità della proroga dello stato di emergenza contenuta nell'art.1 del d.l. 105-2021 del 23.7.2021; sovrastima dei decessi dovuti al Covid-19, come evincibile anche dal rapporto dell'ISS aggiornato al 19.10.2021, in quanto viene imputato al Covid ogni decesso avvenuto in «assenza di una chiara causa di morte diversa dal Covid-19» e «ai fini della valutazione di questo criterio, non sono da considerarsi cause di morte diverse dal Covid le patologie preesistenti tra cui tumore, patologie cardiovascolari, diabete»);
- il principio di primazia del diritto eurounitario con riferimento, tra l'altro, al consenso informato e al trattamento dei dati personali.

---

<sup>1</sup> Questi temi conseguenze letali per A.D.E. (acronimo per Antibody Dependent Enhancement), fenomeno di grave reazione del sistema immunitario della quale i media si sono occupati relativamente a un decesso nel Comune di Augusta (SR).

Il TAR, chiamato a pronunciarsi in sede cautelare, ha respinto la richiesta di misura interinale ritenendo, in un'ottica di bilanciamento dei contrapposti interessi, 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.

## 2. *Le pronunce del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana*

Lo studente ha investito della questione il giudice di appello che si è pronunciato con due ordinanze: la prima istruttoria (17 gennaio 2022 n. 38) e la seconda di rimessione alla Corte (22 marzo 2022 n. 351).

L'ordito motivazionale di entrambe le ordinanze parte dal considerare infondata la censura dello studente volta a contestare la legittimità del provvedimento dell'Ateneo.

Nell'ordinanza istruttoria, in particolare, richiamando quanto già affermato dal Consiglio di Stato (sezione III, 20 ottobre 2021, n. 7045) il Consiglio evidenzia che la vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 per il personale medico e, più in generale, di interesse sanitario *“risponde ad una chiara finalità di tutela non solo – e anzitutto – di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, ma a tutela degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il principio di solidarietà (art. 2 Costituzione), e più in particolare delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili, che sono bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo sono di frequente o di continuo a contatto con il personale sanitario o sociosanitario nei luoghi di cura e assistenza”*.

Dunque, prosegue la motivazione, 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 di includere 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; e a tale conclusione giunge pur nella consapevolezza dell'esplicito intervento del legislatore<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> L'inclusione dei tirocinanti è oggi *expressis verbis* disciplinata dal comma 1-bis così modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del D.L. 26 novembre 2021, n. 172, convertito con modificazioni dalla Legge 21 gennaio 2022, n. 3: *“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”*. Non è questa la sede per valutare approfonditamente la portata interpretativa o innovativa di una disposizione che, nel prescrivere l'obbligo vaccinale, lo dichiara *“esteso, a decorrere dal 15 febbraio 2022”*.

Il Collegio ne avverte la potenziale criticità ma, pur con qualche cautela (derivata dalla delicatezza di una interpretazione *secundum ratio* in materia di trattamento sanitario obbligatorio), nettamente afferma – nell’ordinanza di rimessione – di rinvenire già nella disposizione previgente il fondamento dell’obbligo vaccinale anche dei tirocinanti, addirittura, evocando l’illegittimità di un esito interpretativo diverso in quanto, a fronte della *ratio* di protezione dei soggetti fragili in ambito ospedaliero, si determinerebbe una irrazionale esenzione dalla vaccinazione obbligatoria, fino al 15 febbraio 2022, “*di una categoria di soggetti (studenti tirocinanti) destinati ad operare a stretto contatto con l’utenza, in situazione del tutto analoga ai medici e agli altri operatori sanitari, rischiando di compromettere, senza alcuna apprezzabile ragione, le esigenze di tutela che hanno determinato l’introduzione dell’obbligo vaccinale*”.

Il Giudice prosegue constatando che in astratto l’obbligo vaccinale istituito dalla legge receda ove sussista l’accertato pericolo per la salute; ma tale condizione non è in concreto rinvenibile in capo all’appellante.

Il Consiglio si fa carico del compito di esaminare le subordinate questioni di costituzionalità della normativa in materia di obbligo vaccinale Sars-Cov-2 sollevate dall’appellante, dapprima esponendo le ragioni per le quali ritiene non sovrapponibile la questione al suo esame con quella presa in considerazione dal recente pronunciamento della III sezione del Consiglio di Stato (n. 7045/2021), passando poi a tratteggiare il quadro dei principi definiti in materia di vaccinazioni obbligatorie dalla Corte Costituzionale.

Nella strategia argomentativa adottata dal Consiglio nell’ordinanza istruttoria, la schematizzazione dei principi in materia è funzionale alla individuazione degli elementi istruttori che ritiene di dover acquisire.

Dapprima il Consiglio espone una panoramica generale della giurisprudenza della Corte costituzionale evidenziando come in più occasioni essa abbia evidenziato che l’art. 32 Cost. richieda una ponderazione tra il diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura), il coesistente e reciproco diritto delle altre persone e l’interesse della collettività.

L’imposizione con legge del trattamento sanitario può considerarsi rispettoso dell’art. 32 Cost.:

- (1) se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri;
- (2) se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze “*che appaiano normali e, pertanto, tollerabili*”;
- (3) e se, nell’ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Ex *multis* le citate sentenze Corte Cost. n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990.

Nella giurisprudenza della Corte, il Consiglio legge anche la necessità che (4) le concrete forme di attuazione della legge impositiva di un trattamento sanitario o di esecuzione materiale del detto trattamento siano *“accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l’arte prescrivono in relazione alla sua natura. E fra queste va ricompresa la comunicazione alla persona che vi è assoggettata, o alle persone che sono tenute a prendere decisioni per essa e/o ad assisterla, di adeguate notizie circa i rischi di lesione (.), nonché delle particolari precauzioni, che, sempre allo stato delle conoscenze scientifiche, siano rispettivamente verificabili e adottabili”*<sup>4</sup>.

La scelta – rimessa alla discrezionalità del legislatore – tra la tecnica della raccomandazione, quella dell’obbligo (e la interna calibrazione delle misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l’effettività dell’obbligo) – va esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (Corte Costituzionale 14 dicembre 2017, n. 268) e delle contingenze tecnologiche sempre in evoluzione (Corte Costituzionale 26 giugno 2002 n. 282; 18 gennaio 2018 n. 5).

Lo strumento adottato (obbligo o raccomandazione) non condiziona in alcun modo il diritto all’indennizzo (ancora Corte Costituzionale 14 dicembre 2017, n.268).

Il CGA (solamente nell’ordinanza istruttoria) richiama anche un pronunciamento del Consiglio d’Europa il quale ha avuto occasione di occuparsi della tematica della vaccinazione Covid con la Risoluzione 2361 (2021) *“esortando”* gli Stati membri e l’Unione europea ad orientare la propria azione verso una serie di obiettivi di difficile contestabilità ma al contempo di grande genericità (*“Garantire elevati standard qualitativi delle ricerche condotte in modo etico, conformemente alle pertinenti disposizioni della Convenzione sui diritti dell’uomo e della biomedicina ecc.”*).

Da qui la sintesi fornita dal Collegio.

Ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, occorre verificare se l’obbligo vaccinale per il Covid 19 soddisfi le condizioni dettate dalla Corte in tema di compressione della libertà di auto-determinazione sanitaria dei cittadini in ambito vaccinale sopra indicate, ossia non nocività dell’inoculazione per il singolo paziente e beneficio per la salute pubblica, ed in particolare:

- che il trattamento non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, ferma restando la tollerabilità di effetti collaterali di modeste entità e durata;
- che sia assicurata *“la comunicazione alla persona che vi è assoggettata, o alle persone che sono tenute a prendere decisioni per essa e/o ad assisterla, di adeguate notizie circa i rischi di lesione (...), nonché delle particolari precauzioni, che, sempre allo stato delle conoscenze scientifiche, siano rispettivamente verificabili e adottabili”*;

---

<sup>4</sup> Il Consiglio di Giustizia Amministrativa cita il passo virgolettato traendolo dalla già citata Corte Cost. n. 307 del 1990.

- che la discrezionalità del legislatore sia esercitata alla luce delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica e quindi che la scelta vaccinale possa essere rivalutata e riconsiderata, nella prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario;
- che sia stata seguita la “raccomandazione” della Corte (Corte Costituzionale, 23 giugno 1994 n. 258) secondo la quale, ferma la obbligatorietà generalizzata delle vaccinazioni ritenute necessarie alla luce delle conoscenze mediche, il legislatore dovrebbe individuare e prescrivere in termini normativi, specifici e puntuali, sebbene entro limiti di compatibilità con le esigenze di generalizzata vaccinazione, “*gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicità*”.

La lettura del panorama argomentativo, sopra brevemente descritto, induce il collegio a verificare, al fine di formare per via istruttoria un proprio convincimento in punto di non manifesta infondatezza, il rispetto degli indici costituzionali fin qui richiamati i quali pretendono:

1. per un verso, che il cittadino riceva informazioni complete e corrette che siano facilmente e liberamente accessibili,
2. e, per altro verso, che la sperimentazione, la raccolta e la valutazione dei dati (il più possibile ampi e completi) avvengano (o siano almeno validati) da parte di organismi indipendenti, in quanto l’affidamento della raccolta dei dati al produttore del vaccino presenta profili di evidente criticità (come indicato nella Risoluzione 2361 (2021) del Consiglio d’Europa).

Allo scopo formula specifici quesiti<sup>5</sup> per rispondere ai quali nomina un

---

<sup>5</sup> 1) le modalità di valutazione di rischi e benefici operata, a livello generale, nel piano vaccinale e, a livello individuale, da parte del medico vaccinatore, anche sulla base dell’anamnesi pre-vaccinale; se vengano consigliati all’utenza test pre-vaccinali, anche di carattere genetico (considerato che il corredo genetico individuale può influire sulla risposta immunitaria indotta dalla somministrazione del vaccino); chiarimenti sugli studi ed evidenze scientifiche (anche eventualmente emerse nel corso della campagna vaccinale) sulla base dei quali venga disposta la vaccinazione a soggetti già contagiati dal virus;

2) le modalità di raccolta del consenso informato;

3) l’articolazione del sistema di monitoraggio, che dovrebbe consentire alle istituzioni sanitarie nazionali, in casi di pericolo per la salute pubblica a causa di effetti avversi, la sospensione dell’applicazione dell’obbligo vaccinale; chiarimenti sui dati relativi ai rischi ed eventi avversi raccolti nel corso dell’attuale campagna di somministrazione e sulla elaborazione statistica degli stessi (in particolare, quali criteri siano stati fissati, e ad opera di quali soggetti/istituzioni, per raccogliere i dati su efficacia dei vaccini ed eventi avversi; chiarimenti circa i criteri di raccolta ed elaborazione dei dati e la dimensione territoriale, se nazionale o sovranazionale; chi sono i soggetti ai quali confluiscono i dati e modalità di studio), e sui dati relativi alla efficacia dei vaccini in relazione alle nuove varianti del virus.

4) articolazione della sorveglianza post-vaccinale e sulle reazioni avverse ai vaccini, avuto riguardo alle due forme di sorveglianza attiva (con somministrazione di appositi questionari per

Collegio istruttorio<sup>6</sup>.

### 3. *In particolare, sull'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*

A seguito dell'espletamento dell'incombente istruttorio (e dei chiarimenti resi dall'organo istruttorio nel corso dell'udienza camerale), il Consiglio ritiene di sollevare l'incidente di costituzionalità.

L'attenzione, tra i molteplici elementi potenzialmente rilevanti e fatti oggetto dell'ordinanza istruttorie, si concentra poi su due filoni argomentativi.

Il Giudice *a quo*, infatti, esaminati i riscontri istruttori, considera rispettato da parte del legislatore il primo degli indici di costituzionalità degli obblighi vaccinali (che il trattamento sia diretto a migliorare o a preservare lo stato di salute sia di chi vi è assoggettato, sia degli altri).

Maggiori perplessità, invece, manifesta con riferimento al terzo profilo (che

---

valutare il risultato della vaccinazione) e passiva (segnalazioni spontanee, ossia effettuate autonomamente dal medico che sospetti reazioni avverse).

Più nello specifico richiede:

1.1. con riferimento al primo quesito, se ai medici di base siano state fornite direttive prescrivendo loro di contattare i propri assistiti ai quali, eventualmente, suggerire test pre-vaccinali;

1.2. modalità in virtù delle quali venga data comunicazione al medico di base dell'avvenuta vaccinazione spontanea di un proprio assistito (presso hub vaccinali e simili);

2.1. quanto al secondo quesito, si richiedono chiarimenti circa la documentazione offerta alla consultazione dell'utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato;

2.2. chiarimenti circa il perdurante obbligo di sottoscrizione del consenso informato anche in situazione di obbligatorietà vaccinale;

3.1. con riferimento al terzo quesito, si richiede la trasmissione dei dati attualmente raccolti dall'amministrazione in ordine all'efficacia dei vaccini, con specifico riferimento al numero dei vaccinati che risultino essere stati egualmente contagiati dal virus (ceppo originario e/o varianti), sia il totale sia i numeri parziali di vaccinati con una due e tre dosi; i dati sul numero di ricovero e decessi dei vaccinati contagiati; i dati di cui sopra comparati con quelli dei non vaccinati;

4.1. Con riferimento al quarto quesito, si chiede di conoscere se sia demandato ai medici di base:

4.1.1. di comunicare tutti gli eventi avversi (letali e non) e patologie dai quali risultino colpiti i soggetti vaccinati, ed entro quale range temporale di osservazione; ovvero

4.1.2. di comunicare solo eventi avversi espressamente elencati in direttive eventualmente trasmesse ai sanitari; ovvero

4.1.3. se sia a discrezione dei medici di base comunicare eventi avversi che, a loro giudizio, possano essere ricollegabili alla vaccinazione;

4.2. si richiede, altresì, di specificare con quali modalità i medici di base accedano alla piattaforma per dette segnalazioni, chi prenda in carico dette segnalazioni, da chi vengano elaborate e studiate.

<sup>6</sup> Composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il Ministero della salute e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria.

il trattamento non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, ferma restando la tollerabilità di effetti collaterali di modeste entità e durata;) in ragione della “preoccupante” consistenza degli eventi avversi<sup>7</sup>.

Per quanto sia minima la quantità di eventi avversi, la sua rilevanza si pone in contrasto con il criterio posto dalla Corte costituzionale in tema di trattamento sanitario obbligatorio che “*non pare lasciare spazio ad una valutazione di tipo quantitativo, escludendosi la legittimità dell'imposizione di obbligo vaccinale mediante preparati i cui effetti sullo stato di salute dei vaccinati superino la soglia della normale tollerabilità*”, salve le ipotesi del caso fortuito e imprevedibilità della reazione individuale.

Siffatte evenienze introducono il tema della (contestata) adeguatezza dei sistemi di monitoraggio dei vaccini anti-Covid-19 al fine di individuare la connessione tra la vaccinazione e gli eventi sfavorevoli che colpiscono la popolazione vaccinata nell'ambito di un piano vaccinale “di massa”. Il Giudice dubita dell'adeguatezza del sistema di monitoraggio (di natura essenzialmente passiva, dovendosi invece preferire sistemi di vigilanza attiva, allo stato non ancora o non sufficientemente implementati).

Il Giudice dubita anche della adeguatezza del c.d. *triage* pre-vaccinale, in ragione di un insufficiente coinvolgimento del medico di base (nel concreto sostituito dal personale sanitario che esegue la vaccinazione).

Ulteriori profili di criticità emergono dalla normativa in ordine al *consenso informato*, in considerazione del fatto che non viene espressamente esclusa la raccolta del consenso anche nell'ipotesi di somministrazione di un trattamento sanitario obbligatorio.

L'ordinanza di rimessione richiama (punto 12.5) la disciplina generale contenuta nella l. 22 dicembre 2017, n. 219 a mente della quale (art.1) “*nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'auto-determinazione della persona... nessun trattamento sanitario può essere iniziato o*

<sup>7</sup> Il Consiglio si chiede:

- se lo stato della raccolta di informazioni (connaturata, come sopra spiegato, alle caratteristiche della procedura di immissione in commercio mediante autorizzazione condizionata) sugli eventi avversi da vaccinazione anti-Covid-19 evidenzii o meno fenomeni che trasbordino la tollerabilità;
- in caso affermativo, se e quale rilevanza possa avere, ai fini dello scrutinio di costituzionalità, la percentuale di eventi avversi gravi/fatali;
- in caso di risposta tanto affermativa quanto negativa al primo interrogativo, attendibilità del sistema di raccolta dati in ordine agli effetti collaterali.

Tale ultima questione – secondo il Collegio – assume rilievo cruciale, specie per i farmaci sottoposti ad autorizzazione condizionata, per i quali, successivamente alla commercializzazione, prosegue il processo di valutazione (rinviandosi, al riguardo, per maggiori dettagli, ai chiarimenti acquisiti in sede istruttoria), suscettibile di essere inficiato tanto da un'erronea attribuzione alla vaccinazione di eventi e patologie alla stessa non collegati causalmente, quanto da una sottostima di eventi collaterali, specie gravi e fatali.

*proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”.*

Richiama del pari il comma quinto dell’art.1, a mente del quale ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario. Precisa, poi, che, quanto alla vaccinazione per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2, la previsione della sottoscrizione del modulo di consenso è stata aggiornata con nota prot. n. 12238-25/03/2021-DGPRES e successiva 0012469-28/03/2021-DGPRES-DGPRES-P della Direzione Generale della Prevenzione Sanitaria.

Conclude richiamando l’art. 5 del d.l. n. 44/2021 il quale ha regolato la manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti Covid-19 per i soggetti incapaci.

In punto di non manifesta infondatezza, l’ordinanza di rimessione ritiene criticabile l’omessa espressa esclusione della raccolta del consenso anche nell’ipotesi di somministrazione di un trattamento sanitario obbligatorio. Essa, infatti, non potrebbe essere inteso – come pure era stato obiettato – quale presa visione da parte del cittadino delle informazioni fornite, *“in quanto, da un punto di vista letterale, logico e giuridico, il consenso viene espresso a valle di una libera autodeterminazione volitiva, inconciliabile con l’adempimento di un obbligo previsto dalla legge”.*

Ma tale interpretazione – secondo il Consiglio in sede remittente – non può essere condivisa, in quanto, da un punto di vista letterale, logico e giuridico, il consenso viene espresso a valle di una libera autodeterminazione volitiva, inconciliabile con l’adempimento di un obbligo previsto dalla legge.

Da qui l’irrazionalità della *“richiesta di sottoscrizione di tale manifestazione di volontà all’atto della sottoposizione ad una vaccinazione indispensabile ai fini dell’esplicazione di un diritto costituzionalmente tutelato quale il diritto al lavoro; e poiché tale determinazione deriva dalla circostanza che la legge, nell’aver introdotto e disciplinato il consenso informato, non ha dettato un’apposita clausola di salvaguardia nell’ipotesi trattamento farmacologico obbligatorio, se ne evince l’intrinseca irrazionalità del dettato normativo”.*

Nell’impercorsibilità di coordinamento interpretativo<sup>8</sup>, risulterebbe non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art.1 della

---

<sup>8</sup> Il Consiglio giunge a queste conclusioni richiamando le disposizioni impartite dal Ministero della salute con la circolare 16 agosto 2017, contenente le prime indicazioni operative per l’attuazione del d.l. n. 73 del 7 giugno 2017, convertito con modificazioni dalla l. 31 luglio 2017, n. 119 nel quale si precisa che *“Le buone pratiche vaccinali prevedono che i genitori/tutori/affidatari siano informati sui benefici e sui rischi della vaccinazione e che, alla fine di questo colloquio, venga consegnato un modulo in cui si attesta che è stato eseguito questo passaggio. Questo modello informativo, in presenza di una vaccinazione raccomandata, ha assunto una valenza di consenso informato, ovvero di scelta consapevole a una vaccinazione raccomandata. Alla luce del decreto legge in epigrafe, si precisa che il modulo di consenso informato dovrebbe essere limitato alle sole vaccinazioni raccomandate; per le vaccinazioni obbligatorie verrà consegnato esclusivamente un modulo informativo”.*

l. 217/2019, nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell'art. 4, del d.l. n. 44/2021, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 della Costituzione.

Sulla base di tali premesse il Consiglio formula la questione di legittimità costituzionale:

- a) dell'art. 4, commi 1 e 2, del d.l. n. 44/2021 (convertito in l. n. 76/2021), nella parte in cui prevede, da un lato l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e, dall'altro lato, per effetto dell'inadempimento all'obbligo vaccinale, la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione, sotto il profilo che il numero di eventi avversi, la inadeguatezza della farmacovigilanza passiva e attiva, il mancato coinvolgimento dei medici di famiglia nel triage pre-vaccinale e comunque la mancanza nella fase di *trriage* di approfonditi accertamenti e persino di test di positività/negatività al Covid non consentono di ritenere soddisfatta, allo stadio attuale di sviluppo dei vaccini antiCovid e delle evidenze scientifiche, la condizione, posta dalla Corte costituzionale, di legittimità di un vaccino obbligatorio solo se, tra l'altro, si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili";
- b) dell'art.1 della l. 217/2019, nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell'art. 4, del d.l. n. 44/2021, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 della Costituzione.

#### 4. *Considerazioni a margine*

L'attenta lettura della giurisprudenza della Corte Costituzionale, non consente di giungere ai risultati esposti dal Collegio.

È vero – come scrive il Consiglio in entrambe le ordinanze – che la Corte radica sull'art. 32 Cost. l'esigenza:

- (1) che il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri;
- (2) e che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili";

(3) e che, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria.

La Corte, invece, non sembra richiedere, *ai fini del rispetto dell'art. 32 Cost.*, che l'esecuzione materiale del detto trattamento sia accompagnata *“dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura. E fra queste va ricompresa la comunicazione alla persona che vi è assoggettata, o alle persone che sono tenute a prendere decisioni per essa e/o ad assisterla, di adeguate notizie circa i rischi di lesione (...), nonché delle particolari precauzioni, che, sempre allo stato delle conoscenze scientifiche, siano rispettivamente verificabili e adottabili?”*.

Si tratta di una lettura che viene proposta anche nell'ordinanza di remissione (punto 16.1), per quanto essa contribuisca solo marginalmente a sostenere i dubbi di costituzionalità.

Essa viene evinta da alcuni passi della sentenza della Corte Costituzionale 22 giugno 1990 n. 307 (quella che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1966, n. 51 nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica).

Nella motivazione, in effetti, la Corte formula quelle considerazioni ma in un senso del tutto diverso da quello inteso dal CGA; la Corte intende precisare (punto 3 della motivazione) che *“La dichiarazione di illegittimità<sup>9</sup>, ovviamente, non concerne l'ipotesi che il danno ulteriore sia imputabile a comportamenti colposi attinenti alle concrete misure di attuazione della norma suindicata o addirittura alla materiale esecuzione del trattamento stesso. La norma di legge che prevede il trattamento non va incontro, cioè, a pronuncia di illegittimità costituzionale per la mancata previsione della tutela risarcitoria in riferimento al danno ulteriore che risulti iniuria datum. Soccorre in tal caso nel sistema la disciplina generale in tema di responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c.*

*La giurisprudenza di questa Corte è infatti fermissima nel ritenere che ogni menomazione della salute, definita espressamente come (contenuto di un) diritto fondamentale dell'uomo, implichi la tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. Ed ha chiarito come tale tutela prescinda dalla ricorrenza di un danno patrimoniale quando, come nel caso, la lesione incida sul contenuto di un diritto fondamentale (sentt. nn. 88 del 1979 e 184 del 1986).*

*È appena il caso di notare, poi, che il suindicato rimedio risarcitorio trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva di un trattamento sanitario o di esecuzione materiale del detto trattamento non siano accompagnate dalle cautele*

<sup>9</sup> La Corte accoglie la questione proposta dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge *“nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo”*.

*o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura. E fra queste va ricompresa la comunicazione alla persona che vi è assoggettata, o alle persone che sono tenute a prendere decisioni per essa e/o ad assisterla, di adeguate notizie circa i rischi di lesione (o, trattandosi di trattamenti antiepidemiologici, di contagio), nonché delle particolari precauzioni, che, sempre allo stato delle conoscenze scientifiche, siano rispettivamente verificabili e adottabili.”* (in grassetto il passo richiamato dal Cga nell'ordinanza istruttoria e poi anche nell'ordinanza di rimessione).

A voler sintetizzare, la carenza in fase di erogazione del trattamento delle accortezze indicate<sup>10</sup> dalla Corte non sono causa di un “illecito costituzionale” (per violazione dell'art. 32 Cost.) ma di un dequato “illecito civile” (per violazione del principio del *neminem laedere*) che “*opera sul piano della tutela della salute di ciascuno contro l'illecito (da parte di chicchessia) sulla base dei titoli soggettivi di imputazione e con gli effetti risarcitori pieni previsti dal detto art. 2043 c.c.*”<sup>11</sup>. Con ciò autorizzando l'interprete a ritenere che tali accortezze non devono necessariamente essere previste dalla legge impositiva dell'obbligo vaccinale ma sono un in sé della pratica medica, quale che sia il trattamento sanitario (obbligatorio, consigliato o anche solo consentito) erogato.

In altri termini, siffatti elementi (o il loro difetto) non sono idonei a fondare una questione di legittimità costituzionale ma sarebbero, al contrario, utili a radicare, in chiave risarcitoria, la responsabilità dell'agente sanitario (o dell'Amministrazione sanitaria nel suo complesso) che ometta l'adozione di siffatte cautele<sup>12</sup>.

Considerazioni analoghe sollecita un altro aspetto, del pari oggetto di approfondimento istruttorio. Si allude alla verifica che la sperimentazione, la raccolta e la valutazione dei dati – (il più possibile ampi e completi) avvengano (o siano almeno validati) da parte di organismi indipendenti, in quanto l'affidamento della raccolta dei dati al produttore del vaccino presenta profili di evidente criticità (come indicato nella Risoluzione 2361 (2021) del Consiglio d'Europa).

Una prima perplessità deriva (*recte*: derivava) dalla fonte da cui tali indicazioni promanano: le risoluzioni adottate dal Consiglio di Europa sono del tutto prive di vincolatività e a prima vista non sono suscettibili – neppure quale parametro interposto ex art. 117.1 Cost. – a fondare una questione di legittimità costituzionale<sup>13</sup>. E in effetti, nell'ordinanza di rimessione se ne abbandona il riferimento. Permane, tuttavia, la sottolineata esigenza che il monitoraggio degli eventi avversi, la raccolta e la valutazione dei dati risultino il più possibile ampi e

<sup>10</sup> Espressamente indicate quale quesito nel provvedimento istruttorio del CGA: punto 2.1. “*quanto al secondo quesito, si richiedono chiarimenti circa la documentazione offerta alla consultazione dell'utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato*”.

<sup>11</sup> Così, Corte cost. n. 307 del 1990, punto 3 della motivazione in diritto.

<sup>12</sup> Questione, peraltro, esterna alla giurisdizione dell'AGA.

<sup>13</sup> Una corretta e ampia considerazione del rilievo della Risoluzione è operata dal Consiglio di Stato, III, 20 ottobre 2021 n. 7045 punto 37.7.

completi, che avvengano (o siano almeno validati) da parte di organismi indipendenti (non specificamente ricondotte a parametri normativi ben individuati ma ricollegati alla “non dannosità” del trattamento sanitario), arricchendo la censura con le perplessità descritte *supra* in punto di adeguatezza dei sistemi di monitoraggio dei vaccini anti-Covid-19 a individuare la connessione tra la vaccinazione e gli eventi sfavorevoli.

Anche il contenuto dell’approfondimento istruttorio – che poi si concretizza nella questione di legittimità costituzionale poi in effetti proposta alla Corte – suscita perplessità perché disegna un perimetro di dubbia ammissibilità.

La Corte, proprio nella materia vaccinale, ha in effetti evidenziato che un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, renda necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico<sup>14</sup> che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individui con la maggiore precisione possibile le complicanze potenzialmente derivabili dalla vaccinazione e determini se e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità fossero praticabili su un piano di effettiva fattibilità.

La Corte, d’altro canto, si rende conto come sia del pari necessario fissare *standards* di fattibilità che nella discrezionale valutazione del legislatore potrebbero dover tenere anche conto del rapporto tra costi e benefici, eventualmente stabilendo criteri selettivi in ordine all’utilità - apprezzata anche in termini statistici - di eseguire gli accertamenti in questione; e ciò al fine di evitare che la prescrizione indiscriminata e generalizzata di tutti gli accertamenti preventivi possibili, per tutte le complicanze ipotizzabili e nei confronti di tutte le persone da assoggettare a tutte le vaccinazioni oggi obbligatorie renda di fatto praticamente impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari.

Ma tale delicata e complessa valutazione, come espressamente constata la Corte, è imprescindibile prerogativa della discrezionalità del legislatore, tesa a individuare il punto di equilibrio tra le diverse esigenze in rilievo, specie – si aggiunge qui – nell’odierna contingenza pandemica, nella quale – innovativamente rispetto al passato – la tutela della salute pubblica non è messa a repentaglio dal Covid direttamente (diffondendosi e colpendo altri strati della popolazione) ma anche indirettamente, ossia paralizzando il Sistema Sanitario e incidendo sulla sua “disponibilità” a erogare assistenza sanitarie per altre patologie<sup>15</sup>.

Si tratta di “moniti” che, anche se “disattesi” (e non è detto che lo siano), non possono dare ingresso a un successivo intervento additivo della Corte

---

<sup>14</sup> A parere della Corte, sia a livello primario, sia, attesa la riserva relativa di legge ex art. 32 Cost., eventualmente a livello secondario integrativo.

<sup>15</sup> Sono oggi solo intuiti gli effetti collaterali che l'emergenza pandemica ha causato nella cura e prevenzione di altre patologie.

perché, non prospettandosi “a rime obbligate”, risulterebbe sostitutivo del legislatore (in questi precisi termini si è espressa la Corte<sup>16</sup>) e si tradurrebbe in una declaratoria di inammissibilità delle relativa questione.

Peraltro, il Consiglio di Giustizia nell’ordinanza di rimessione non pare aver considerato anche come il sistema generale della farmacovigilanza e quello specifico implementato sulle vaccinazioni siano regolati non certo dall’evocato art. 4 d.l. 44/2021 ma da disposizioni generali (anche attuative di direttive UE o di diretta emanazione UE) diverse da quelle indicate dal Consiglio o da atti di normazione secondaria<sup>17</sup>, per definizione esterni al perimetro del giudizio di costituzionalità.

Del pari insoddisfacente è il rilievo attribuito alla tematica dei c.d. effetti avversi, specie nella parte in cui il Giudice *a quo* mostra di ritenere che già la sola rilevabilità di effetti avversi si ponga in contrasto con il criterio posto dalla Corte costituzionale in tema di trattamento sanitario obbligatorio: la necessità che il trattamento sanitario non danneggi l’obbligato, secondo il Consiglio, ha natura binaria senza che sia consentita una modulazione (salve le ipotesi del caso fortuito e imprevedibilità della reazione individuale).

Pare, al contrario, che la Corte Costituzionale in più occasioni (sentenze n. 118 del 2020, n. 5 del 2018 e, ancora, n. 268 del 2017), nel prescrivere che, nell’ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato (a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria), ha evidenziato come la previsione del diritto all’indennizzo riguardi patologie in accertato rapporto causale con una vaccinazione obbligatoria o raccomandata e non deriva affatto da valutazioni negative sul grado di affidabilità medico-scientifica della somministrazione di vaccini. La previsione dell’indennizzo – scrive la Corte (sentenza n. 118 del 2020) – “*completa il “patto di solidarietà” tra individuo e collettività in tema di tutela della salute e rende più serio e affidabile ogni programma sanitario volto alla diffusione dei trattamenti vaccinali, al fine della più ampia copertura della popolazione*”.

In altri termini, l’indennizzo costituisce il costo (socialmente distribuito) delle conseguenze dannose prevedibili in astratto (ma imprevedibili in concreto). Con tale locuzione si intende alludere a quelle conseguenze che, pur statisticamente prevedibili, tali non siano in concreto. Per rendere più comprensibile il concetto, si pensi al complesso sistema dei trasporti: tra tutti coloro che si spostano in aereo, nave, auto o moto alcuni (in una misura statisticamente prevedibile) saranno vittima di incidenti (sull’attendibilità di tali dati fanno affidamento le imprese assicurative in fase di calcolo del rischio); ma a dispetto di tale prevedibilità in astratto, ciascuno di noi affronta un viaggio (dalle conseguenze

<sup>16</sup> Corte Cost n. 258 del 1994, punto 5 bis della motivazione in diritto.

<sup>17</sup> B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?*, in CERIDAP, 8/2/2022

ipoteticamente letali) accettando il relativo rischio; ciò perché l'incidente è **soggettivamente** imprevedibile all'inizio del viaggio.

Lo stesso accade, a parere di chi scrive, nel contesto che ci occupa: i dati statistici individuano in forma previsionale gli eventi avversi, anche quelli fatali. Ma sono eventi la cui prevedibilità in concreto è possibile solo modulando indagini pre-vaccinali allo stato inesigibili in concreto.

Considerazioni analoghe valgono per l'esigenza – ritenuta doverosa dal Consiglio – di coinvolgere maggiormente, in sede di *triage* pre vaccinale, il medico di base.

La valutazione del rapporto tra approfondimento di tali indagini (ammesso che possano attribuire certezze, allo stato della tecnica) e concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari rientra nella sfera di discrezionalità del legislatore (Corte Costituzionale, sentenza n. 258 del 1994, cit.).

##### 5. ... *sul c.d. "consenso informato" in caso di obbligo vaccinale*

Come anticipato *supra*, l'ordinanza di rimessione ritiene criticabile l'omessa espressa esclusione della raccolta del consenso anche nell'ipotesi di somministrazione di un trattamento sanitario obbligatorio<sup>18</sup>.

Le perplessità che sul punto suscita l'ordinanza sono molteplici.

Non convince in primo luogo la ritenuta incoordinabilità del tessuto normativo, posto che è lo stesso art. 1 della l. 217/2019 a prevedere che “*nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge*”; è evidente l'eco in tale precisazione della riserva di legge contenuta nell'art. 32.2 Cost. E, a meno di ritenere (assai implausibilmente) che la legge (cui si riferisce l'art. 1 della l. 217/2019) debba espressamente derogare l'espressione del consenso (interpretazione che metaforicamente guarderebbe il dito piuttosto che la luna), è del tutto agevole concludere che il consenso non sia richiesto quando è il trattamento sanitario a essere previsto per legge. Così come è parimenti agevole ritenere che, ove il trattamento sia obbligatorio, del “consenso informato” resti pur sempre la doverosità della parte “informativa” (come evidenziato anche dalla Corte in molti pronunciamenti, tra cui la più volte citata sentenza 22 giugno 1990 n. 307) la cui omissione rileva, però, solo sul piano aquiliano.

Non convince neppure la “timidezza” del Giudice *a quo* nell'utilizzo degli ordinari criteri di risoluzione delle antinomie tra le fonti, nell'indagine niente

---

<sup>18</sup> La sensazione è che tra ordinanza istruttoria e ordinanza di rimessione (sul punto non coincidenti) il Consiglio abbia mutato la propria convinzione; nell'ordinanza istruttoria sembrava prendere piede la prospettazione del ricorrente; nell'ordinanza di rimessione il percorso pare mutato.

affatto complessa sulle conseguenze della successione delle leggi nel tempo (art. 1 l. 317/2019 e art. 4 d.l. 44/2021) neppure interrogandosi su una abrogazione implicita e parziale della prima a opera della seconda.

Non convincono, infine, i parametri invocati ossia l'art. 3 e soprattutto l'art. 21 Cost. (*sub specie* di libera manifestazione del pensiero, che ricomprende il diritto ad esprimere il proprio dissenso).

Come è noto il consenso informato, pur non previsto *expressis verbis* nel testo costituzionale, trova fondamento costituzionale nei principi espressi nell'art. 2 Cost. e negli artt. 13 e 32 Cost. (non a caso evocati dall'art. 1 della l. 22 dicembre 2017, n. 219). Come la Corte costituzionale ha affermato (*ex multis* cfr. sentenza 438 del 2008) il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento proposto dal medico, si configura quale diritto fondamentale della persona. Non sembra invece che possa trovare radicamento nell'art. 21 Cost., che per quanto negli anni abbia conosciuto un ampliamento del suo complesso bacino concettuale, non può ritenersi esteso al punto di ricomprendervi il consenso informato come richiamato dall'ordinanza di rimessione.

# Adempimenti comunicativi e legittimità dell'obbligo vaccinale: la (multiforme) influenza del principio di trasparenza amministrativa

di Anna Simonati

SOMMARIO: 1. L'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa e la trasparenza amministrativa: una questione “collaterale” ma complessa. – 2. La dimensione “collettivistica” della trasparenza e i rischi della sua tendenziale sovrapposizione alla (mera) pubblicità dell'azione amministrativa. – 3. Un breve inciso: cenni al riferimento al consenso informato dei singoli. – 4. L'influenza della natura emergenziale della fattispecie sull'intensità dei doveri comunicativi dell'amministrazione.

## 1. *L'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa e la trasparenza amministrativa: una questione “collaterale” ma complessa.*

Uno degli aspetti “collaterali”, su cui si sofferma l'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa n. 38/2022, ha a che fare con la piena applicazione del principio di trasparenza amministrativa. La questione affiora, pare di poter dire, in prospettiva polivalente.

Da un lato, a partire dalle stesse considerazioni effettuate dal ricorrente<sup>1</sup>, il profilo della trasparenza riemerge con riferimento alla regola del consenso informato, che regge i trattamenti di dati personali<sup>2</sup>, alla luce sia della disciplina nazionale sia di quella eurounitaria. Questa dimensione della trasparenza – che per brevità (e con una certa disinvoltura) potremmo definire “individualistica” – è indicata dalla Consulta<sup>3</sup> come condizione di legittimità del trattamento sanitario

<sup>1</sup> V. punto 2. dell'ordinanza.

<sup>2</sup> V. punti 8.2. e 9.4. dell'ordinanza.

<sup>3</sup> Precisamente, v. Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, peraltro richiamata nella stessa ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa. A commento della sentenza della Consulta v., per esempio, F. GIARDINA, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e responsabilità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1990, 6, 1880 ss., nonché M.T. GUASCHINO, *Limitazioni alla libertà individuale e tutela della salute nella disciplina delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Quadrimestre. Riv. dir. prin.*, 1992, 1, 207 ss., G. PONZANELLI, *Equo ristoro” e danni da vaccinazione antipolio*, in *Foro it.*, 1991, I, 1239 ss. e IDEM, *Lesione da vaccino antipolio: che lo stato paghi l'indennizzo*, in *Foro it.*, 1990, I, 2697 ss. Più in generale, v., in dottrina, per esempio: A. ANDRONIO, *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella CEDU e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. merito*, 2011, 2, 300 ss.; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 2, 455 ss.; L. CASTELLI, *Alla ricerca del “limite dei limiti”: il “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *www.questionegiustizia.it*, 2021, n. 1; A. CLONI, *La corsa al vaccino contro il Covid-19. Qualche considerazione fra requisiti per l'autorizzazione e regole di responsabilità*, in *Resp. civ. previdenza*, 2020, 6, 2017 ss.; M. GUALTIERI, *Il sistema sanzionatorio di contrasto al Covid-19: profili costituzionali*, in *www.archiviopenale.it*, 2020, n. 2; F. MINNI e A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *www.rivistaaic.it*, 2013, 3; D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo*, in *www.*

obbligatorio; essa assume valenza fondamentale e si pone quale presupposto indefettibile della valutazione di costituzionalità delle regole in questione.

Dall'altro lato, il giudice richiama il parametro della trasparenza come principio generale dell'attività amministrativa a vantaggio della comunità. In qualche modo, dunque, si può cogliere, accanto a quella orientata ad assicurare al singolo piena consapevolezza delle vicende che lo riguardano direttamente, una dimensione che (ancora una volta, per brevità) potremmo definire "collettivistica" del principio<sup>4</sup>, orientata a garantire la conoscibilità diffusa dell'azione pubblica. La rilevanza di questo profilo, però, nell'economia complessiva dell'ordinanza, pare sfumare, non essendo ricondotta a oneri comunicativi realmente significativi<sup>5</sup>.

A ben vedere, poi, se pur in modo assai fugace, nel testo dell'ordinanza si ravvisa il riferimento anche a una terza dimensione della trasparenza, che potremmo definire "interistituzionale". Questo profilo traspare, in primo luogo, nei riferimenti al diritto sovranazionale, laddove si ricorda che le raccomandazioni contenute nella risoluzione n. 2361/2021 del Consiglio d'Europa richiedono che sia assicurato il libero accesso al contenuto dei contratti con i produttori dei vaccini, per il controllo non solo da parte della cittadinanza, ma anche da parte del Parlamento<sup>6</sup>. Inoltre, si precisa che le informazioni aggiornate sull'andamento della campagna vaccinale, comprensive dei dati sull'efficacia e sui potenziali rischi, devono essere comunicate alle istituzioni sanitarie nazionali per lo svolgimento di un accurato monitoraggio e la conseguente applicazione delle misure necessarie<sup>7</sup>. Nel contesto ora tratteggiato – e anche alla luce delle istanze di integrazione istruttoria formulate dal Collegio – un ruolo di spicco per la gestione delle singole fattispecie sembra essere attribuito al medico di base, il quale pare essere individuato come centro nevralgico della circolazione delle informazioni<sup>8</sup>.

Emerge, pertanto, la complessità del principio, che poggia in tutte le sue accezioni sul corollario della facile accessibilità dei dati. Si percepiscono, però,

---

*associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2021, n. 1; F. PASSANTI, *Le vaccinazioni obbligatorie o raccomandate ed il diritto all'indennizzo*, in *www.ambientediritto.it*, 2021, n. 2; A. PRINCIGALLI, *Tutela della salute e vaccinazioni a rischio*, in *Foro it.*, 1990, I, 2694 ss.; G. TRENTA, *Copertura costituzionale e limiti delle disposizioni di legge in materia di vaccinazioni*, in *www.ambientediritto.it*, 2021, 2; C. VIDETTA, *Corte costituzionale e indennizzo per lesioni alla salute conseguenti a trattamenti vaccinali. Nuove prospettive*, in *Resp. civ. previdenza*, 2013, 3, 1030 ss.

<sup>4</sup> In dottrina, hanno sottolineato la fondamentale importanza di questa dimensione del principio di trasparenza amministrativa, fra gli altri, S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 92 ss. e A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, 602 ss.

<sup>5</sup> Oltre ai riferimenti che saranno richiamati più avanti, v. punto 9.3. dell'ordinanza, ove si afferma che «deve ritenersi essenziale [...] che il cittadino ricava informazioni complete e corrette che siano facilmente e liberamente accessibili».

<sup>6</sup> Precisamente, nel testo dell'ordinanza v. punti 8.4. e 9.3.

<sup>7</sup> Precisamente, nel testo dell'ordinanza v. punto 9.4, in particolare 3).

<sup>8</sup> In questo senso depongono la formulazione dei quesiti posti dal giudice, in particolare nel punto 9.4, dell'ordinanza.

diverse gradazioni nel livello di effettività applicativa richiesta. In particolare, la comunicazione delle notizie aggiornate circa l'andamento dell'epidemia e l'efficacia dei vaccini sembra dover essere rivolta al circuito delle autorità competenti ancor prima che alla collettività. D'altro canto, si sottolinea l'importanza della comunicazione ai singoli soprattutto delle notizie relative ai casi che li riguardano, in modo da consentire a ciascuno di valutare con piena cognizione di causa la propria posizione. Gli oneri comunicativi variamente connessi alle diverse sfaccettature della trasparenza amministrativa sono dunque prospettati in modo eterogeneo.

## 2. *La dimensione "collettivistica" della trasparenza e i rischi della sua tendenziale sovrapposizione alla (mera) pubblicità dell'azione amministrativa.*

Qualche considerazione specifica merita la portata del dovere di trasparenza e del conseguente obbligo informativo rivolto alla collettività. Sembra di poter dire, infatti, che, in line di principio, in quest'ambito dovrebbe ricadere il parametro dell'*accountability*<sup>9</sup> dell'azione amministrativa (che comporta, tra l'altro, la possibilità per la cittadinanza di ottenere dati completi e aggiornati), oltre a quello della comprensibilità delle notizie disponibili<sup>10</sup>. Si tratta, dunque, di un profilo di primario rilievo.

Tuttavia, non può negarsi che il concetto di trasparenza sotteso al ragionamento svolto dal giudice nell'ordinanza sia in realtà sostanzialmente sovrapponibile a quello di pubblicità<sup>11</sup>. L'impressione generale, cioè, è che il collegio sia

---

<sup>9</sup> Sull'applicazione del principio di *accountability* dell'attività amministrativa a livello nazionale, a mero scopo esemplificativo, v: S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 53 ss.; A. POLICE, *New instruments of control over public corruption: the Italian reform to restore transparency and accountability*, in *Dir. econ.*, 2015, 189 ss.; G.G. MANCA, *Sistemi di social accountability e di gestione della qualità e P.A.: luci e ombre*, in *Nuova rass. legisl., dottr. e giurispr.*, 2010, 2051 ss.; F. MONTEDURO, *Performance-based accountability ed efficacia della p.a.: prime evidenze empiriche di una comparazione internazionale*, in *Azienda pubbl.*, 2009, I, 63 ss.; F.P. CESARE, *Indirizzo, controllo ed accountability nella pubblica amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 803 ss.

<sup>10</sup> Sulla trasparenza come comprensibilità delle informazioni gestite dall'amministrazione v., per esempio, F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in <http://www.astrid-online.it>, 13 pp.

<sup>11</sup> Sul rapporto fra pubblicità e trasparenza amministrativa, v. soprattutto, in dottrina: M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istit. Fed.*, 2013, 657 ss.; E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss., nonché IDEM, *La trasparenza "totale" delle amministrazioni pubbliche: caratteri, finalità, potenzialità*, in *Rass. Astrid*, 2011, 1 ss.; F. DE LEONARDIS, *Tra obblighi di trasparenza e diritto alla riservatezza: verso una trasparenza di tipo "funzionale"*, in *Giorn. storia cost.*, 2016, 31, 175 ss.; M. RENNA e S. VACCARI, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. "open government"*, in *Ginst.Amm.it*, 2019, 1, 1 ss.; F. CORIGLIANO, *L'affermazione dell'ideologia della trasparenza e la ridefinizione del concetto di*

propenso a ritenere che l'onere informativo sia soddisfatto con l'effettiva reperibilità dei dati, secondo circuiti noti e rintracciabili. Nulla di più impegnativo pare essere richiesto, invece, sul fronte dell'effettiva comprensibilità delle notizie (se non, indirettamente, quanto alla trasparenza "individualistica").

Tale lacuna non desta, invero, eccessive preoccupazioni per quanto riguarda lo scambio di informazioni fra tecnici o comunque con chi ricopre cariche pubbliche (ciò che ho definito la trasparenza "interistituzionale"), perché è ragionevole presumere che costoro, anche qualora non pienamente in grado di comprendere appieno le comunicazioni, non abbiano comunque difficoltà a reperire la collaborazione di altri soggetti, dotati della necessaria competenza.

Al contrario, la scarsa attenzione per il profilo della comprensibilità è un po' allarmante, ritengo, per quanto concerne la diffusione dei dati presso la collettività. Anzi, i recenti fenomeni di insofferenza alla vaccinazione – che hanno contraddistinto una fascia, per quanto minoritaria, della popolazione – sono stati probabilmente aggravati proprio dalla scarsa comprensione dei contenuti divulgati e una maggiore attenzione su questo fronte li avrebbe forse in parte scongiurati o quanto meno depotenziati. Invece, la dimensione della trasparenza a vantaggio della collettività resta decisamente in secondo piano.

È vero che essa è richiamata esplicitamente solo nelle raccomandazioni del Consiglio d'Europa. Tuttavia, nell'evoluzione recente sono numerosi i segnali della piena consapevolezza del fortissimo radicamento al supremo livello normativo della trasparenza "collettivistica", in quanto corollario dei macro-parametri di imparzialità e buon andamento amministrativi codificati nell'art. 97 Cost.<sup>12</sup>. Pertanto, colpisce la circostanza per cui, pur avendo evidenziato nel corso dell'ordinanza la rilevanza della reperibilità dei dati a vantaggio della comunità, su tale profilo il giudice non si soffermi poi, per focalizzare la *ratio* della richiesta di approfondimento istruttorio circa le modalità di concreta diffusione delle informazioni<sup>13</sup>.

---

*pubblicità*, in *Jura Gentium*, 2020, 2, 88 ss.; M.A. SANDULLI e L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *federalismi.it*, 2020, 401 ss.

<sup>12</sup> In questi termini, con particolare chiarezza, v. già, per esempio, M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'amministrazione*, in M.P. CHITI e G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 154 ss., e IDEM, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 117 ss. V. anche vari contributi contenuti in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI e C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

<sup>13</sup> Infatti, i chiarimenti circa la «documentazione offerta alla consultazione dell'utenza» sono esplicitamente correlati solo al «momento della sottoscrizione del consenso informato» Precisamente, nel testo dell'ordinanza v. punto 9.4, in particolare 4), 2.1.

### 3. *Un breve inciso: cenni al riferimento al consenso informato dei singoli*

Diversamente si pone il tema del rapporto fra trasparenza “individualistica” e consenso informato<sup>14</sup>. A quest'ultimo fa riferimento il ricorrente<sup>15</sup>, ma lo richiama anche il giudice<sup>16</sup> nel chiedere l'integrazione istruttoria, pur esprimendo indirettamente qualche perplessità proprio in ordine alla sussistenza della necessaria sottoscrizione del relativo modulo nonostante l'obbligo vaccinale.

A ben vedere, però, se obbligo vaccinale sussiste, ciò significa che il legislatore ha operato a monte un bilanciamento di interessi, in base al quale il beneficio generale derivante dall'adesione dei singoli alla campagna vaccinale risulta preponderante rispetto al diritto individuale a scegliere i trattamenti sanitari a cui essere sottoposti. Di conseguenza, di raccoglimento del consenso a stretto rigore non si dovrebbe in questi casi parlare.

Ciò non toglie, evidentemente, che permanga comunque il diritto dei singoli – a maggior ragione a fronte di una significativa compressione della propria autodeterminazione personale – di essere adeguatamente informati circa la portata concreta e i possibili effetti del trattamento sanitario a cui sono (obbligatoriamente) sottoposti. In tale prospettiva riemerge naturalmente la dimensione della trasparenza intesa come comprensibilità dell'azione amministrativa, da parte non di depositari di conoscenze tecniche e specialistiche ma da parte delle persone

---

<sup>14</sup> Nella dottrina sul cosiddetto “consenso informato” successiva all'entrata in vigore della l. 22 dicembre 2017, n. 219 v., per esempio, in prospettiva generale: P. LAGHEZZA, *Sfumature ed evanescenze del consenso informato: ovvero, di come si ragguaglia il paziente e si dimostra la sua libera scelta*, nota a C. Cass. civ., III, 10 dicembre 2019, n. 32124, in *F. it.*, 2020, 1, 1, 156 ss.; C. BOTTA, *Inviolabilità della persona, consenso informato e trattamenti sanitari*, in *Notariato*, 2019, 609 ss.; I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 43 ss.; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 2018, 1, 109 ss.; S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Legisl. pen.*, 2019, 12, 19 pp., e IDEM, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una “buona legge buona”*, in *Corr. Giur.*, 2018, 301 ss.; M. CAPUTI, *Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo*, nota a C. Cass. civ., III, ord. 15 maggio 2018, n. 11749, C. Cass. civ., III, 27 marzo 2018, n. 7516, C. Cass. civ., III, 23 marzo 2018, n. 7248, in *F. it.*, 2018, 7-8, 1, 2416 ss.; C. CASONATO, *Forum: la legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, 2018, 1, 2 pp., nonché I. CAVICCHI, *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Le disavventure del consenso informato. Riflessioni a margine della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, *ivi*, 2018, 1, 14 pp., e F. D'AGOSTINO, *Forum. La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Come leggere la legge n. 219/2017*, *ivi*, 2018, 1, 3 pp.; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *F. it.*, 2018, 3, 5, 137 ss.; A. LO CALZO, *Il consenso informato “alla luce della nuova normativa” tra diritto e dovere alla salute*, *Riv. Gruppo di Pisa*, 2018, 3, 22 pp.

<sup>15</sup> V. punto 2. dell'ordinanza.

<sup>16</sup> V. punti 8.2. e 9.4. dell'ordinanza.

comuni, che devono essere rese edotte dei vantaggi e dei rischi realistici della vaccinazione. A tale proposito, il ruolo del medico di base<sup>17</sup> potrebbe effettivamente assumere un certo rilievo, quale interlocutore privilegiato in posizione fiduciaria del paziente/utente.

#### 4. *L'influenza della natura emergenziale della fattispecie sull'intensità dei doveri comunicativi dell'amministrazione*

Infine, non può non rilevarsi come la natura emergenziale della fattispecie impatti anche sui profili relativi alla gestione della comunicazione pubblica. È evidente, infatti, che l'inevitabile assenza di dati scientifici certi e sedimentati richiede un monitoraggio e un aggiornamento costanti delle informazioni, la cui corretta circolazione è fondamentale in vista della sedimentazione in capo ai cittadini/utenti/pazienti di un affidamento circa la legittimità e l'opportunità complessiva del trattamento vaccinale a cui sono sottoposti.

Nell'ordinanza, però, il giudice richiede integrazioni istruttorie anche su questioni che astrattamente – in base al principio *iura novit curia*<sup>18</sup> – potrebbero (e forse dovrebbero) essergli già note.

Sembra di poter dire, su questo fronte, che le circostanze emergenziali implicitamente assurgono a una sorta di “esimente” dalla piena adesione ai principi ordinari, che regolano la vita istituzionale dell'ordinamento. L'esigenza di agire tempestivamente ed efficacemente sembra giustificare, fra l'altro, la diminuzione dell'intensità con cui le regole in vigore (per esempio, quelle sui compiti comunicativi dei medici di base e quelle sull'individuazione della documentazione mostrata all'utenza in sede di raccoglimento del consenso informato) vengono rese pubbliche e reperibili (anche *online*, nei siti istituzionali).

Da questo punto di vista, può essere utile richiamare (se pur con la dovuta

---

<sup>17</sup> Su questo profilo, nella dottrina successiva all'entrata in vigore della l. n. 219/2017, v., per esempio, A. MASSARO, *Colpa e causalità nella responsabilità penale del medico di base*, nota a Cass. pen., IV, 26 gennaio 2018, n. 3869, in *Giur. it.*, 2018, 1697 ss.; U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Galli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2018, 359 ss.; V. BACHELET, *Il rapporto tra ASL e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 777 ss.

<sup>18</sup> Questo sintetico scritto – che intende porsi come contributo minimale al dibattito sull'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana – non è certo la sede adatta per un approfondimento sulla portata del principio *iura novit curia* nel processo amministrativo. Ai circoscritti fini per cui la questione è affrontata in queste brevi note, può essere utile richiamare G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)*, nota a Cons. Stato, II, parere 24 ottobre 2007, n. 1677, in *Giur. it.*, 2008, 2688 ss., ove sono reperibili altri riferimenti dottrinali pertinenti.

cautela) le posizioni a suo tempo espresse dal Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>19</sup> a proposito della cosiddetta “inflazione normativa”<sup>20</sup>, in quella occasione prospettata in campo processuale. Stante la difficoltà di accedere alle fonti del diritto (intese in senso ampio e financo a-tecnico), tale fenomeno – secondo la tesi accolta in quella fattispecie dal Consiglio di Stato – di fatto impedirebbe al giudice di conoscere tutte le norme applicabili nel caso concreto, il che comporterebbe uno spostamento in capo alle parti dell'onere di indicare i riferimenti para-normativi su cui si fonda la propria situazione giuridica.

Con particolare riferimento alla trasparenza “collettivistica”, nell’ordinanza

<sup>19</sup> Precisamente, v. Cons. Stato, II, parere 24 ottobre 2007, n. 1677, già richiamato, che argomenta anche alla luce di Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, nonostante quella pronuncia riguardasse già specificamente l’ambito penalistico. Hanno commentato la decisione della Consulta, fra gli altri: T. PADOVANI, *L’ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell’art. 5 c.p.*, in *Legisl. pen.*, 1988, 2, 686 ss.; A. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 743 ss.; G. MANCUSO, *Sulla parziale incostituzionalità della norma relativa all’ignoranza della legge penale*, in *Riv. pen.*, 1988, 1156 ss., e P. PROTO, *Alcune considerazioni su inesigibilità e presupposti della colpevolezza*, *ivi*, 1990, 378 ss.; M. GUARDATA, *L’ignoranza della legge penale dopo l’intervento della Corte costituzionale: prime impressioni*, in *Cass. pen.*, 1988, 1152 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88*, in *F. it.*, 1988, I, 1385 ss.; C. FUCCI, *Il nuovo art. 5 c.p.: sul concetto di ignoranza inevitabile*, in *Il nuovo dir.*, 1988, 1129 ss., M. DI LIETO, *Ignoranza “inevitabile” della legge penale*, *ivi*, 1988, 982 ss., e V. SCOLASTICO, *L’ignoranza della legge penale*, *ivi*, 1988, 815 ss.; S. DE VECCHI, *Ignoranza scusabile della legge penale in tema di installazione senza autorizzazione di impianto radioelettrico*, in *Riv. pen.*, 1988, 1189 ss., e G. STARACE, *In tema di responsabilità penale obiettiva*, *ivi*, 1991, 445 ss.; L. RIELLO, *Sulla inescusabilità della legge penale*, in *Nuovo dir.*, 1988, 1008 ss., e G. MANERA, *Brevi spunti sull’invincibilità dell’ignoranza della legge penale*, *ivi*, 1989, 325 ss.; A. CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *L’indice pen.*, 1991, 35 ss.; A. LORUSSO, *L’errore scusabile quale esimente di responsabilità penale*, in *Mass. giurisp. lavoro*, 1991, 298 ss.; F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile e inexcusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 379 ss.; C. BALZARINI, *Prime applicazioni al settore penale tributario del principio della scusabilità dell’errore inevitabile su norma incriminatrice*, in *Dir. pratica trib.*, 1992, 628 ss. Per alcuni contributi di più ampio respiro a proposito della possibile rilevanza dell’errore sul diritto vigente, v., invece, per esempio: G. COCCO, *Dalla disapplicazione dell’atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice – I parte*, in *Resp. civ. previdenza*, 2021, 6 ss., nonché IDEM, *Dalla disapplicazione dell’atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice – II parte*, in *Resp. civ. previdenza*, 2021, 358 ss.; C. COLOMBO, *L’“errore” dalla dogmatica all’attualità*, in *Riv. pen.*, 2011, 14 ss.

<sup>20</sup> In proposito v., per esempio, M. AINIS, *La legge oscura*, Roma 2002. Specificamente sulla crisi della legalità correlata alla pandemia, v., poi, nella dottrina recente, B. PASTORE, *Le fonti del diritto al tempo dell’emergenza pandemica. Note su alcune tendenze in atto*, in *Società dir.*, 2021, 29 ss. Più in generale, sul problema della cosiddetta “inflazione normativa”, v., per esempio: B.G. MATTARELLA, *Burocrazia «normativa»: il valore della legge e il ruolo dell’amministrazione*, in *Anal. Giur. econ.*, 2020, 75 ss.; L. CARBONE, *Quali rimedi per l’inflazione legislativa. Abrogazioni e codificazioni in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 468 ss.; M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in *Historia et Ius*, 2016, 9, 19 pp.; M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 985 ss.; L. TIVELLI, *Osservatorio italiano – L’inflazione normativa*, in *Il Mulino*, 2008, 479 ss.; F. MODUGNO, A. CELOTTO e M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1999, 125-126, 7 ss.

n. 38/2022 spicca, poi, la richiesta di trasmissione dei dati relativi alla diffusione e all'efficacia dei vaccini. Dagli atti processuali pare potersi desumere che anche tali informazioni sono già – almeno in parte – oggetto di raccolta e catalogazione. Ciò può evincersi, tra l'altro, dall'affermazione compiuta dal ricorrente<sup>21</sup>, il quale fa riferimento alle notizie reperite sul portale Eudravigilance<sup>22</sup>. Non va sottaciuto, poi, che numerosi dati utili possono essere rintracciati nel portale dell'Agenzia italiana del farmaco<sup>23</sup>. Pertanto, essi sono piuttosto agevolmente reperibili da parte di chiunque, nel rispetto del principio *digital first*<sup>24</sup>, che da tempo dovrebbe informare lo svolgimento dell'attività amministrativa<sup>25</sup>. Eppure, il Collegio ritiene opportuno domandare delucidazioni sulle modalità della reperibilità delle informazioni.

Questa iniziativa sembrerebbe rappresentare una conseguenza dell'eccezionalità della situazione complessiva, che richiede variazioni repentine e quindi rende meno semplice per le persone interessate seguire in tempo reale l'evoluzione della vicenda. Si riscontra, pertanto, un "abbassamento", per così dire, del livello di attenzione e diligenza informativa accollato ai singoli, cui corrisponde un maggior grado di diligenza richiesto all'amministrazione nel palesare i termini con cui si impegna per diffondere le notizie utili. In qualche misura, mi pare che questo orientamento riecheggi, sul fronte dell'onere informativo e dei doveri connessi all'attuazione del principio di trasparenza, il parametro della necessaria collaborazione nei rapporti fra soggetti pubblici e privati, oggi codificato nell'art. 1, l. n. 241/1990<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> V. punti 2. e 3. dell'ordinanza.

<sup>22</sup> V. <http://eudravigilance.ema.europa.eu/Decommissioned/Decommissioned.html> e <https://www.ema.europa.eu/en>.

<sup>23</sup> V. <https://www.aifa.gov.it/>.

<sup>24</sup> In proposito, v. per esempio, in dottrina: M. CAPORALE, *L'accessibilità ai siti web e alle applicazioni mobili delle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 357 ss.; E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 363 ss., e IDEM, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 148 ss.; P. D'ONOFRIO, *L'azione amministrativa digitale: disciplina e criticità*, in *Lavoro nelle pp.aa.*, 2019, 3, 118 ss.; F. FAINI, *Il volto dell'amministrazione digitale nel quadro della rinnovata fisionomia dei diritti in rete*, in *Dir. informazione informatica*, 2019, 1099 ss.; C. LEONE, *Il principio "digital first": obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1 della legge 124 del 2015*, in *Giust.Amm.it*, 2016, 6, 8 pp.

<sup>25</sup> È appena il caso di ricordare che il principio *digital first* è stato progressivamente introdotto con crescente intensità nell'ordinamento italiano. Per limitarsi a qualche esempio particolarmente significativo, si pensi alla normativa dell'inizio del Ventunesimo secolo (segnatamente, il d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, il d.lgs. n. 7 marzo 2005, 82, il d.lgs. n. 150/2009 e il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134), che ricollega direttamente la realizzazione concreta del principio di trasparenza amministrativa alla pubblicazione di documenti e informazioni nei siti istituzionali delle autorità. Anche la l. 18 giugno 2009, n. 69 contiene importanti disposizioni in merito all'utilizzo dei siti istituzionali, al fine di assolvere agli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale. L'evoluzione è poi sfociata nella l. 7 agosto 2015, n. 124, che, formalizzando la delega normativa al Governo, codifica espressamente, appunto, il principio *digital first*.

<sup>26</sup> Come è noto, il c. 2 *bis* dell'art. 1, l. n. 241/1990 è stato introdotto con d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni in l. 11 settembre 2020, n. 120.

## Diritti fondamentali e pandemia

di Andrea Crisanti

Vorrei ripartire da quanto è stato detto a proposito del diritto fondamentale alla vita, e combinare queste considerazioni con la nozione di malattia diffusibile. Una malattia come quella generata dall'infezione dal virus SARS-Cov2 è diversa da una malattia come l'infarto, l'ictus o il tumore. La diversità è dovuta al fatto che è trasmissibile, ossia la persona malata può trasmetterla ad un altro e potenzialmente metterne in pericolo la vita. Solo avendo chiara questa premessa si possono avere le coordinate giuste per capire quello che è stato fatto e quello che si sarebbe potuto fare o migliorare.

È evidente che le epidemie hanno un impatto sulla vita per le persone ed un potenziale distruttivo per la società in cui si diffondono. In diverse occasioni le epidemie hanno modificato il corso della storia. Queste costituiscono una minaccia tanto per l'individuo che per la società. Si spiega, allora, come mai sia intervenuta una serie di disposizioni per garantire il bene della società in caso di diffusione incontrollata di malattie trasmissibili, situazione questa definita in termini di sanità pubblica come epidemia. Segnalo, a titolo di esempio, come negli Stati Uniti l'obbligo vaccinale si sia imposto senza grandi discussioni, perché esistono delle sentenze su questo tema che hanno risolto il potenziale conflitto tra libertà individuale e bene pubblico a favore di quest'ultimo. Mi riferisco in particolare alla sentenza *Jacobson v. Massachusetts* del 1905. La vicenda è la seguente: il signor Jacobson si era vaccinato contro il vaiolo in Svezia, subendo gravissime conseguenze; per questa ragione, si era poi rifiutato di vaccinarsi una seconda volta quando lo Stato del Massachusetts, in cui risiedeva, aveva imposto a tutti i cittadini, compresi coloro che avevano già ricevuto il vaccino altrove, la vaccinazione antivaiolosa. Jacobson fu per questo condannato dallo stato del Massachusetts ad una multa e ad un mese di prigione. Dopo circa due anni di contenziosi il caso approdò al massimo organo giuridico degli Stati Uniti, la Corte Suprema che confermò la sentenza dello stato del Massachusetts. Questa sentenza negli Stati Uniti è ancora valida. Non sorprende quindi che quando gli Stati Uniti hanno imposto l'obbligo di vaccinazione limitato ad alcune categorie, non ci sono state lamentele. Se anche si imponesse un obbligo generalizzato, probabilmente si vaccinerebbero tutti, perché la prevalenza del bene collettivo su quello individuale è un concetto incardinato nella giurisprudenza americana. E si tenga presente che gli Stati Uniti sono una tra le società più liberali, in cui le prerogative degli individui sono salvaguardate. In linea di massima, la società è legittimata a difendersi da una malattia trasmissibile, in quanto deve prevalere il diritto alla vita.

Il *green pass* adottato in Italia è stato uno strumento finalizzato ad indurre le persone a vaccinarsi, dal momento che, come è chiaro, non ha nessun impatto di per sé sulla trasmissione del virus. Fin da quando è stato imposto era noto che le persone vaccinate avrebbero potuto comunque infettarsi e trasmettere la malattia. L'errore è stato limitare progressivamente la libertà delle persone attraverso il *green pass*. Sarebbe stato meglio imporre la vaccinazione obbligatoria, così che il fine fosse indicato alla cittadinanza in modo chiaro e trasparente. Con duecentomila casi di infezione al giorno, è evidente che il grosso contributo alla trasmissione non possa venire dai non vaccinati, che costituiscono una minoranza. Non si capisce allora per quale motivo si debba limitare la loro libertà. La malattia si propaga ugualmente, l'inutilità del *green pass* è statisticamente dimostrata, i duecentomila casi al giorno sono alimentati da persone che hanno ricevuto seconda e terza dose.

L'obbligo introdotto per gli over 50, mi si consenta l'immagine, è stata una pezza calda data ad un malato grave. Prima che l'obbligo sia implementato passeranno dei mesi, e nel frattempo la diffusione del virus continuerà con una progressione esponenziale. L'impatto sulla trasmissione del virus di questa misura è per il momento relativamente modesto. Sicuramente avrà un impatto per prevenire ulteriori ondate. L'obbligo vaccinale è uno strumento funzionale all'obiettivo di diminuire progressivamente nella popolazione il numero di persone suscettibili e quindi diminuire la probabilità che il contagio cresca in modo esponenziale. Quando si raggiunge una percentuale soddisfacente di persone vaccinate, che nel caso di SARS-Cov2 potrebbe essere intorno al 90-95 % della popolazione, o comunque una soglia che spetta ai modelli matematici indicare, si otterrebbe un blocco nella trasmissione del patogeno, sicché a quel punto lo stesso obbligo potrebbe venir meno.

Vorrei aggiungere un'altra riflessione. Qual è la ragione dell'obbligo vaccinale e delle altre misure restrittive? Occorre fare un collegamento con la gestione dello stato di emergenza. A maggio-giugno del 2020, non ci si è resi conto che il problema non era finito: ha prevalso il desiderio di lasciarsi alle spalle questo evento terribile dell'epidemia di febbraio-marzo, come se si trattasse di un fatto episodico, che non si sarebbe più riproposto. Di conseguenza, non sono state messe in campo quelle misure strutturali che avrebbero evitato di ricorrere di nuovo all'emergenza con l'arrivo della seconda ondata. Lo stato di emergenza è dunque essenzialmente la conseguenza della mancata programmazione e risposta ad un fenomeno che a tutta evidenza era destinato a durare. Un altro errore è stato fatto riguardo ai vaccini. Si è ritenuto che il vaccino sarebbe stato la soluzione a tutti i problemi. Parlo di errore, perché era chiaro che la dinamica della trasmissione non sarebbe dipeso solo dal vaccino, ma anche dalla natura del virus: un virus che muta e che è in grado di infettare persone vaccinate farà sì che il problema si riproponga di nuovo. Il vaccino è stato certa-

mente lo strumento che ha cambiato il panorama delle misure di contenimento della diffusione dell'epidemia. Queste misure, dal *lockdown* di marzo e aprile del 2020 al complesso e, diciamo così, barocco sistema delle zone rosse del successivo autunno, al tempo della seconda e terza ondata, sono servite a guadagnare tempo e a salvare quanto più possibile vite umane in attesa del vaccino. Se non avessimo introdotto le misure, anziché centocinquantamila morti ne avremmo avuti mezzo milione. Le varie misure e il *lockdown* sono stati un investimento che la società ha fatto per salvare vite umane. Adesso abbiamo il vaccino, ma d'altra parte è chiaro che questo da solo non basta, che servono ulteriori strumenti e investimenti anche per la realizzazione di vaccini migliori.

Vorrei ricordare che, anche se siamo tutti sotto alla stessa tempesta, non siamo tutti sulla stessa barca. Più della metà del mondo non ha ricevuto ancora nessuna dose, perché non tutti i Paesi possono permettersi questi vaccini, siccome sono costosi, ne servono numerose dosi e impongono una serie di problematiche logistiche. Servono altri strumenti anche perché questi vaccini hanno dei difetti. Non mi autocensuro né assumo posizioni dogmatiche sul tema. Questi vaccini hanno difetti in termini di durata, perché durano solo sei mesi. È evidente che con una durata di sei mesi sia molto difficile realizzare quell'immunità duratura che sarebbe necessaria a bloccare la diffusione dell'agente patogeno. Anche se questo dato non era noto all'inizio, la consapevolezza è stata raggiunta presto. A giugno 2021, quando Israele aveva vaccinato il 70/80% della popolazione con due dosi e ciononostante si registravano mille casi per milione di abitanti, fu chiaro che sole due dosi non bastavano. Eppure in Italia fino a settembre-ottobre 2021 gli hub vaccinali erano smantellati, perché non si era tenuto in considerazione il fatto che avremmo dovuto somministrare le terze dosi. Le somministrazioni, di conseguenza, sono iniziate in ritardo. In ultima analisi, lo stato di emergenza e le limitazioni alle libertà che questo comporta sono la conseguenza della mancata adozione delle misure opportune, dovuta all'incapacità politica di percepire e affrontare il problema.



Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022,  
Il difetto di una visione d'insieme della vicenda pandemica

di Marco Mazzamuto

Dico subito che sono quantomai contrario all'iniziativa assunta dal CGARS con l'ordinanza istruttoria n. 38/2022, in vista dell'assunzione di una serie di dati sull'andamento della pandemia e di un'eventuale rimessione al giudice delle leggi. Ciò non per la qualità intrinseca dell'ordinanza, la cui pregevolezza è stata anzi da tutti rimarcata, bensì per un vizio di fondo del quale è rimasto qui vittima anche il giudice amministrativo, e cioè il difetto di una visione d'insieme della vicenda pandemica.

Vaccini obbligatori? La questione della loro costituzionalità poteva certo porsi già in radice e sin dall'inizio, indipendentemente cioè da valutazioni sul recente andamento della pandemia. Ed è in questi termini che anche in questo Convegno la ripropongono i Colleghi Mangia e Zito, quando ritengono insufficiente a tal fine un'autorizzazione condizionata e mettono in campo l'incertezza degli effetti a medio o lungo termine del vaccino. Questa presunta incertezza c'è oggi, come c'era ieri.

Su questo non posso che condividere il diverso avviso dei Colleghi Corso e Ruggeri, e cioè che, alla luce dei criteri fissati dalla giurisprudenza costituzionale, sin dall'inizio della pandemia vi erano invece tutti i presupposti per prevedere un obbligo vaccinale generalizzato, con il che si va inevitabilmente a coprire anche il *minus*, cioè tutte le altre misure parziali o indirette di contenimento (si tratti dell'obbligo vaccinale per talune categorie o del green pass). Né pare dirimente l'obiezione dell'incertezza sugli effetti a medio o lungo termine, poiché tale incertezza, anche a volergli attribuire un intrinseco rilievo, non fa venir meno un giudizio costi/benefici favorevole al vaccino.

Se questo è vero, rimane poco comprensibile che in seconda battuta si possa inseguire passo dopo passo il (costituzionalmente) legittimo armamentario messo in campo per contenere la pandemia.

La vicenda della pandemia presenta un quadro complesso, dove entra in gioco sia, su un piano diacronico, il divenire dei fatti, sia l'articolazione soggettiva o oggettiva delle misure di contenimento. Se questo continuo calibrare può essere comprensibile nell'azione del Governo e del Legislatore, meno si comprende che esso possa dar luogo ad una pedante e reiterata valutazione di costituzionalità. 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 certossina puntigliosità e nella logica del moment by moment.

In realtà, questa puntigliosità appare piuttosto il frutto della riserva mentale di chi *ab origine* ha sempre ritenuto incostituzionale il ricorso ai vaccini obbligatori e che dunque è sempre pronto a enfatizzare ogni piccolo cambiamento, come se questo possa essere decisivo rispetto ad una visione d'insieme della vicenda.

C'è dunque vivamente da auspicarsi che un giudice saggio, quale è il supremo giudice amministrativo, non finisca per cadere in una simile trappola.

## Diritti fondamentali e Pandemia

di Ida Angela Nicotra

Lo scenario catastrofico e senza precedenti, causato dal *Coronavirus* ha costretto le liberal democrazie a ragionare sulla compatibilità costituzionale delle restrizioni dei diritti che hanno contraddistinto le differenti fasi della crisi sanitaria per contenere il numero dei contagi e delle vittime.

L’Austria è il primo Stato dell’Europa occidentale che passa dalla raccomandazione per indurre i cittadini ad immunizzarsi alla introduzione di un vero e proprio obbligo di vaccinazione generalizzata, in vigore dal 1 febbraio 2022. L’ordinamento italiano opta per la soluzione di fermarsi un passo prima dell’obbligo vaccinale per tutta la popolazione. Con il decreto – legge n. 172 del 26 novembre 2021- pubblicato in G. U. n. 282 del 26 novembre 2021, recante “*Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da Covid – 19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali*” – si sceglie la via più *soft* del c.d. *super Green pass* rilasciato solo alle categorie dei vaccinati e guariti dall’infezione.

Il possesso del *Green pass* rafforzato consente di avere accesso alle attività culturali, sociali e ricreative (inclusi ristoranti e bar, palestre e piscine, cinema e teatri, discoteche, stadi e cerimonie pubbliche).

Tanto è stato scritto e detto sul *green pass*, strumento necessario per riconquistare le libertà sospese a causa della drammatica situazione epidemiologica e sull’obbligo vaccinale, previsto solo per determinate categorie di lavoratori.

Per tentare di arginare l’offensiva dell’ennesima ondata, contraddistinta dalla nuova variante Omicron, l’obbligo vaccinale, già previsto per tutto il personale sanitario, è stato esteso con d. l. n. 172 del 2021 al personale della scuola, al comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, alle strutture delle residenze per anziani e agli operatori amministrativi della sanità. L’atto di accertamento dell’inadempimento dell’obbligo vaccinale determina l’immediata sospensione del diritto di svolgere l’attività lavorativa, ma senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Ad ogni modo, è bene dirlo subito, anche la vaccinazione obbligatoria generalizzata, se prevista con legge, sarebbe in linea con le prescrizioni costituzionali.

Già con una non recente pronuncia, la Corte costituzionale ribadisce il principio secondo cui “*un trattamento sanitario può essere legittimamente imposto esclusivamente in casi eccezionali e tassativi previsti da una legge e ciò sia necessario non solo a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell’uomo che inerisce al diritto alla salute in quanto diritto fondamentale*” (sent. n. 307/1990).

Il rispetto dovuto alla persona umana va, dunque, declinato nel senso che il trattamento sanitario imposto deve essere finalizzato sia alla tutela della salute collettiva, sia al miglioramento di quella della persona cui è praticato. In particolare, il costante orientamento della giurisprudenza costituzionale si sofferma sull'esigenza che il legislatore prenda tutte le cautele necessarie al fine di evitare complicanze dovute alle vaccinazioni. Se un evento indesiderato correlato alla vaccinazione si dovesse verificare, malgrado tutte le precauzioni attuate, il danneggiato ha diritto ad un equo indennizzo. Infatti, a prescindere da qualsiasi valutazione di colpevolezza del danno, per il solo fatto obiettivo e incolpevole che un soggetto subisce un pregiudizio in conseguenza della vaccinazione, si impone un dovere di solidarietà della collettività verso il singolo, con una specifica misura di ristoro del danno subito.

La Corte estende il diritto al risarcimento anche ai danni cagionati da vaccinazioni, che pur non essendo obbligatorie, come nel caso del *Green pass*, sono fortemente consigliate dal legislatore. Invero, non si rende necessaria una specifica imposizione legislativa per ottenere il diritto ad un equo indennizzo. In particolare, nella decisione n. 423 del 2000 trova riaffermazione il principio secondo cui la Corte costituzionale “*non ha assegnato valore dirimente all'esistenza di un obbligo legale*” avendo affermato, con la sentenza n.27 del 1998, “*il diritto all'indennizzo non necessariamente in presenza di un obbligo legale ma anche nell'ipotesi in cui il trattamento terapeutico non (ancora) reso obbligatorio, era oggetto di una specifica politica di promozione*”. Ciò che rileva, infatti, è l'esistenza di un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario, il quale, per conseguenza, viene dalla legge assunto a oggetto di un obbligo legale o di una politica pubblica di diffusione tra la popolazione.

La giurisprudenza costituzionale è ferma nell'individuare in tale interesse pubblico la ragione dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento vaccinale, vengono a soffrire di un pregiudizio alla loro salute. Non vi è ragione di differenziare il caso in cui il trattamento sanitario è imposto per legge da quello in cui esso sia, meramente promosso dalla pubblica autorità in vista di una sua estensione capillare nella collettività.

Il ragionamento svolto dalla Consulta ruota intorno all'idea, peraltro assai condivisibile, che una differenziazione capace di negare il diritto all'indennizzo ai singoli che spontaneamente collaborano a un programma di politica sanitaria si rivolgerebbe in una latente irrazionalità della legge.

Invero, sarebbe manifestamente irrazionale la regola di riservare un equo indennizzo nell'ipotesi di un evento avverso causato dal siero, solo a coloro che si sono vaccinati in forza di un obbligo di legge, privando del diritto indennitario chi ha tenuto un comportamento di utilità sociale, non perché costretto dalla legge, ma in ragione di un dovere di solidarietà sociale.

A fare ulteriore chiarezza sulle ragioni costituzionali che sono alla base

dell'obbligo di immunizzazione è intervenuto il giudice amministrativo, con la decisione del 20 ottobre 2021, la n. 7045<sup>1</sup>.

In quella occasione, il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso collettivo avanzato da alcuni medici, paramedici e farmacisti della Regione speciale Friuli-Venezia Giulia ancora non immunizzati, stabilendo la legittimità dell'obbligo di vaccino *anti Covid* per tutto il personale sanitario.

La vaccinazione costituisce espressamente, ai sensi del comma 1, del d. l. n.44 del 2021, convertito in legge n.76 del 2021, "*requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati*" ed è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle Regioni, dalle Province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano vaccinale. Per approfondire il tema, occorre analizzare l'art. 4 del medesimo decreto in cui si dispone che "*in considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da Sars – CoV – 2, fino alla completa attuazione del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da Covid – 19, finalizzato a garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale – e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, gli esercenti le professioni sanitarie, socio – sanitarie e socio – assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da Sars – CoV- 2*". L'intento perseguito del legislatore è chiarissimo laddove la previsione contenuta nell'art. 4 aggiunge espressamente che la vaccinazione obbligatoria si rende necessaria "*al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione di cura e di assistenza*".

Secondo il giudice amministrativo "*la vaccinazione costituisce esplicitamente un requisito essenziale per l'esercizio delle professioni e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati*". L'unica esenzione dell'obbligo vaccinale, con differimento, o addirittura omissione del trattamento sanitario in prevenzione, è prevista – nel comma 2 dell'art. 4 – per il solo caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale. In tutti gli altri casi l'inadempimento dell'obbligo di immunizzazione comporta conseguenze sanzionatorie che incidono intensamente sul rapporto di lavoro.

Alla A.S.L. competente è demandato il compito di sospendere il lavoratore dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio. Per il periodo di sospensione, cioè fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al lavoratore non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato.

---

<sup>1</sup> V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Osservatorio costituzionale*, 7 dicembre 2021.

L'obbligo vaccinale selettivo introdotto dall'art. 4 del d. l. n.44 del 2021 per il personale sanitario risponde ad una chiara finalità di tutela non solo – e anzitutto – di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, secondo il principio personalista, ma a tutela degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il principio di solidarietà che anima la Costituzione italiana.

Le libertà individuali non possono essere concepite avulse da vincoli, non-curanti di una concezione solidaristica della vita comunitaria. I limiti ragionevoli all'esercizio di un diritto servono per proteggere le categorie più vulnerabili bisognose di cura ed assistenza, spesso urgenti e che proprio per questo sono di frequente a contatto con il personale sanitario e socio-sanitario nei luoghi di cura e di assistenza<sup>2</sup>.

I giudici di Palazzo Spada si soffermano sulle risultanze statistiche che evidenziano l'esistenza di un bilanciamento rischi/benefici assolutamente accettabile, in favore della vaccinazione. I danni conseguenti alla somministrazione del vaccino per il Sars – Cov- 2 “*devono ritenersi, considerata l'estrema rarità del verificarsi di eventi gravi e correlabili, rispondenti ad un criterio di normalità statistica*”.

Del resto, i dati dimostrano il sensibile abbattimento di contagi e ricoveri e, soprattutto, la drastica diminuzione del numero dei decessi, a dimostrazione dell'efficacia del vaccino nello scongiurare gli esiti più nefasti della malattia.

Nella situazione emergenziale – la cui scadenza è prevista per il 31 marzo 2022 e che il Governo non intende prolungare, come ha annunciato il Presidente del Consiglio Draghi in conferenza stampa il 23 febbraio scorso – anche le misure del contenimento del contagio richiedono un intervento ispirato alla c.d. amministrazione precauzionale, la quale deve necessariamente misurarsi il c.d. *ignoto irriducibile*, in quanto ad oggi non si dispone di tutti i dati completi per valutare compiutamente il rapporto rischio/beneficio nel lungo periodo.

Tale componente di ignoto irriducibile – aggiunge il giudice amministrativo – reca con sé l'impossibilità di ricondurre una certa situazione fattuale, interamente, entro una logica di previsione *ex ante* fondata su elementi di incontrovertibile certezza. Il sistema di farmaco vigilanza, cui è preposta l'Agenzia italiana del farmaco, che raccoglie e valuta tutte le segnalazioni di eventi avversi conseguenti alla somministrazione del vaccino, evidenzia un bilanciamento rischi/benefici assolutamente accettabile. Secondo il nono rapporto, pubblicato il 12 ottobre 2021 sul sito dell'Aifa, i dati relativi al vaccino anti Covid sono comparabili a quelli emersi in esito all'attività di farmacovigilanza condotta su altri vaccini esistenti (alcuni dei quali oggetto di somministrazione obbligatoria ex d. l. n. 73 del 2017).

---

<sup>2</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Atti del XXXV Convegno annuale, 4 dicembre 2020, Napoli, 2021, 45 ss; Q. CARMERLENGO, L. RAMPÀ, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid – 19*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021.

I giudici di Palazzo Spada si soffermano, in ultimo, sulla presunta violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 35 e 36 poiché secondo gli appellanti la conseguenza prevista per la violazione dell'obbligo di vaccinazione, vale a dire, la sospensione dell'esercizio dell'attività lavorativa, autonoma o dipendente, violerebbe direttamente la tutela del principio lavoristico, sul quale è fondata la Repubblica. La mancata percezione del compenso a seguito della sospensione integrerebbe un evidente contrasto con il principio costituzionale espresso nell'art. 36 del diritto retribuzione, proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato e in ogni caso sufficiente a garantire a sé e alla famiglia del lavoratore un'esistenza libera e dignitosa.

Anche con riferimento a tale censura il Consiglio di Stato ha ritenuto la piena concordanza della scelta legislativa rispetto al quadro costituzionale. In particolare, l'aver individuato l'immunizzazione, quale requisito essenziale per l'esercizio di talune professioni, risponde alla esigenza di sicurezza e di protezione dei lavoratori sui luoghi di lavoro. Ciò vale, in special modo, per le prestazioni professionali che si svolgono a contatto con il pubblico, riconducibili al principio di sicurezza delle cure sancito nell'art. 32 della Costituzione.

L'interesse fondamentale alla salute pubblica risulta sicuramente prevalente, nelle condizioni di emergenza sanitaria, sul diritto al lavoro di chi non intende vaccinarsi. Insiste molto il giudice amministrativo proprio sulla necessità di garantire il diritto alla sicurezza della cura che si declina anche nella sicurezza *“di chi cura e del luogo di cura, oltre che del come si cura”*.

Solo l'introduzione dell'obbligo vaccinale può assicurare la sicurezza delle cure, proteggendo dalla nuova infezione non solo i pazienti e le persone più fragili, ma anche lo stesso personale sanitario, impegnato in prima linea nel contrasto al Covid. La vaccinazione appare l'unica strada da intraprendere al fine scongiurare il grave paradosso che, proprio nelle strutture sanitarie e in quelle residenziali per anziani, si verificano contagi e decessi collegati al rifiuto di vaccinazione da parte del personale sanitario.

Il diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica non può voler dire assenza di ogni limite, laddove con il proprio comportamento si rischia di compromettere la salute pubblica.

La chiave di volte per operare un ragionevole bilanciamento tra beni di egualmente meritevoli di considerazione, l'autodeterminazione e la salute pubblica, appunto, è il principio solidaristico.

In una fase di straordinaria emergenza sanitaria la relazione solidaristica tra medico e paziente si sostanzia nell'obbligo di tutelare il paziente dalla contagiosità della nuova malattia.

Dunque, la decisione di non immunizzarsi, del tutto legittima in una situazione di normalità, diviene recessiva al cospetto della fase di eccezione sanitaria che le società stanno ancora vivendo.

La dignità della persona quale valore supremo dell'ordinamento impone la protezione di tutti, a cominciare dai soggetti più fragili. Gli obblighi vaccinali scaturiscono dal patto di solidarietà tra singolo e comunità.

Una prospettiva assolutizzante e riduttivistica in cui il diritto alla salute risultasse ad appannaggio esclusivo del singolo individuo risulta contraria al precetto costituzionale che garantisce l'interesse al benessere della collettività e il principio di solidarietà a tutela dei più vulnerabili, sancito solennemente nell'art. 2 della Costituzione.

All'interno di tale visione trovano legittimazione misure autoritative a tutela della salute pubblica come i trattamenti sanitari imposti dal precetto costituzionale, tra cui rientrano le vaccinazioni obbligatorie. Il secondo comma dell'art. 32 consente l'imposizione di trattamenti sanitari quando ciò sia assolutamente necessario *“a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività a giustificare la compressione”* del diritto fondamentale del singolo alla propria salute (Corte Cost. n.307/1990).

Tale bilanciamento operato dall'odierno legislatore italiano risulta ragionevole e proporzionato anche alla luce delle disposizioni contenute nel Testo unico in materia di tutela e sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. n.81 del 2008) e in quelle che riguardano il principio di sicurezza alle cure di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. legge Gelli – Bianco).

La sicurezza delle cure costituisce un principio di carattere generale alla cui realizzazione è chiamato a concorrere tutto il personale medico ed infermieristico. Proprio sulla relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente si fonda la legittimità del dovere di vaccinazione da parte di tutti gli operatori sanitari, affinché gli stessi non diventino veicolo di contagio delle persone sofferenti, in particolare di quelle gravemente malate o anziane.

D'altro parte, il legislatore ha stabilito, ove possibile, di adibire il lavoratore ad altre mansioni che non implicano rischi di diffusione del contagio. La sospensione dell'attività lavorativa o della retribuzione costituisce una soluzione di *“ultima spiaggia”*, da attivare solo quando l'assegnazione a mansioni diverse non sia possibile.

La decisione del Consiglio di Stato italiano si inserisce in un solido orientamento giurisprudenziale favorevole all'introduzione all'obbligo vaccinale contro l'infezione da Coronavirus<sup>3</sup>. Nella medesima direzione si è di recente anche il *Conseil Constitutionnel*, con la decisione n. 824 del 5 agosto 2021 il Tribunale costituzionale francese ha ritenuto conforme a Costituzione la legge che, al fine di contenere la propagazione dell'epidemia, prevede la sospensione del lavoratore sfornito di passaporto vaccinale e che non scelga di utilizzare ferie e congedi retribuiti.

---

<sup>3</sup> In proposito, S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il Covid*, in *La Costituzioneinfo*, 28 agosto 2021.

Ulteriore conferma del corretto approccio legislativo in tema di obbligo vaccinale si ritrova nel disegno di legge costituzionale, (approvato a larghissima maggioranza, in prima deliberazione, dalla Camera dei deputati, il 12 ottobre 2021 e in seconda deliberazione dal Senato, il 3 novembre 2021<sup>4</sup>) di aggiornamento degli enunciati contenuti negli articoli 9 e 41 della Costituzione.

Si tratta del progetto di revisione (A. C. 3156) che interviene con l'aggiunta di un comma all'art. 9 per introdurre – tra i principi fondamentali della Carta – la tutela dell'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future. Contestualmente, la revisione modifica l'art. 41, 2 comma, in materia di esercizio dell'iniziativa economica<sup>5</sup>.

Più nello specifico, l'attuale previsione in base alla quale *l'iniziativa economica privata è libera e non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana*, viene corredata dell'ulteriore vincolo che essa non può svolgersi *in modo tale da recare danno alla salute e all'ambiente*. Tale disciplina concentra l'attenzione sul bilanciamento tra diritti costituzionali, il diritto d'impresa e di lavoro, da una parte e diritto alla salute e all'ambiente, dall'altra. Un equilibrato e ragionevole contemperamento di tutti i differenti interessi di tono costituzionale suggerisce una lettura contraria “*all'illimitata espansione di uno dei diritti*”. Diritto che diverrebbe assoluto rispetto alle altre situazioni giuridiche costituzionalmente protette. Per questo motivo non è consentito privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività professionale qualora la stessa metta gravemente in pericolo la salute e la vita stessa delle persone.

Nel caso preso in esame dell'obbligo vaccinale contro il Covid, l'intento perseguito dalla legge è segnatamente quello di rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita degli altri operatori sanitari e dei pazienti, al fine di consentire che le professioni sanitarie si svolgano in armonia con i principi costituzionali attenti, in primo luogo, alle esigenze primarie delle persone.

Durante il periodo dell'emergenza sanitaria, le politiche sanitarie dell'intero globo, devono fare i conti con il fenomeno sempre in crescita della c.d. *esitazione vaccinale*.

Siffatta situazione, conosciuta anche prima del sopravvenire dell'infezione da Covid – 19, ha comportato il rifiuto di una parte della popolazione italiana di sottoporsi alla vaccinazione antimorbillo. Nel 2013 l'Italia è scesa al di sotto della percentuale di sicurezza raccomandata dall'Organizzazione mondiale della sanità. La soglia del 95% è sollecitata dall'OMS per garantire la c.d. immunità di gregge e proteggere indirettamente anche coloro che, per motivi di salute,

---

<sup>4</sup> Cfr. Camera dei deputati, *Documentazione parlamentare, temi.camera.it*

<sup>5</sup> F. ZAPPI, *Riflessioni sull'art. 41 della Costituzione: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 1 ss.

non si possono sottoporre a vaccinazione. Grazie al “Decreto vaccini” (d.l. 7 giugno 2017, n.73), che ha portato il numero di vaccinazioni obbligatorie da quattro a dieci, per i minori di età compresa tra zero e sedici anni, si è verificato un innalzamento della soglia di copertura vaccinale contro il morbillo, la rosolia e la parotide.

La soluzione sicuramente da prediligere sarebbe quella di una adesione spontanea alla vaccinazione, attraverso un libero convincimento formatosi sulle base delle informazioni fornite dalla comunità medico – scientifico.

La trasparenza delle informazioni scientifiche, infatti, determina quella “*spinta gentile*” alla somministrazione del siero che consente di realizzare, al contempo, la pienezza dell’autodeterminazione individuale e la salvaguardia della salute collettiva.

La comunicazione chiara e puntuale, non sempre agevole, per la verità, di fronte ad un virus nuovo e sconosciuto, costituisce un fattore di primaria importanza nel processo di condivisione delle scelte dei pubblici poteri da parte dei cittadini. Perché è proprio sulla base di una informazione corretta e convincente che i singoli compiono scelte e prendono decisioni, tanto più complesse quando in gioco vi sono interessi fondamentali, come quello alla salute<sup>6</sup>. Solo un uso accorto della trasparenza nella divulgazione delle acquisizioni scientifiche e nel valorizzare i processi decisionali può porre rimedio all’atteggiamento di irrazionale sfiducia nei confronti della scienza, non di rado espressione di una idea malintesa della libertà individuale e del sospetto verso la conoscenza e il sapere specialistico.

Esiste un collegamento stretto tra il populismo politico e il calo della fiducia nella scienza e nelle scoperte mediche. A confermare la significativa relazione sarebbero i sentimenti di profonda sfiducia delle classi sociali meno fortunate verso le élite e il mondo degli esperti. L’utilizzo che certi partiti hanno fatto della teoria del complotto, individuando un nemico comune verso cui indirizzare il malcontento è un dato comune a tutti i populismi. Il “populismo sanitario” ha salutato l’arrivo dei no vax, mettendo in discussione la validità dei risultati scientifici dei vaccini. Tale atteggiamento è divenuto molto problematico quando l’Europa è stata colta di sorpresa dalla catastrofe sanitaria del Coronavirus.

---

<sup>6</sup> Interessanti, in proposito, le considerazioni del Premio Nobel per la Fisica, Giorgio Parisi, (Prolusione all’Università La Sapienza, in occasione dell’anno accademico 2021 – 2022, 22 novembre 2021) “*a volte l’arroganza della scienza consiste nel non cercare di far arrivare al pubblico le prove di cui si dispone, ma di chiedere un assenso incondizionato basato sulla fiducia negli esperti. Proprio il rifiuto di non accettare i propri limiti può indebolire il prestigio degli scienziati che a volte sbandierano un’eccessiva sicurezza che non è autentica, davanti ad un’opinione pubblica che in qualche modo ne avverte la parzialità di vedute e i limiti*”. E aggiunge “*a volte i cattivi divulgatori presentano i risultati della scienza quasi come una superiore stregoneria la cui motivazioni sono comprensibili solo agli iniziati. In questo modo chi non è scienziato può essere spinto in una posizione irrazionale di fronte ad una scienza percepita come magia inaccessibile e quindi preferire altre speranze irrazionali*”.

Uno studio inglese ha preso in considerazione la percentuale di cittadini europei che ha votato per partiti populistici (definiti come quelli che considerano il popolo virtuoso ed essenzialmente omogeneo; difendono la sovranità popolare, contrapponendola al governo di pochi e dichiarandosi contro l'establishment politico, che viene accusato di agire contro l'interesse degli amministrati) alle elezioni del Parlamento europeo del 2014 e i dati del *Vaccine Confidence Project* del 2015.

Il risultato dell'analisi è un'associazione molto forte tra il voto ai populistici e la scarsa fiducia nei vaccini. A legare il populismo scientifico a quello politico sarebbe l'esasperazione delle classi più povere, che non si sentono rappresentate. Tali sentimenti porterebbero all'idea del disprezzo degli esperti. Il rifiuto della scienza e delle competenze sarà difficile da superare, a meno che non vengano affrontate le cause che soggiacciono al populismo, ossia ad un modello economico iniquo e ad un sistema politico poco rappresentativo<sup>7</sup>.

Eppure, il gravissimo contesto pandemico in cui l'intero pianeta si è trovato coinvolto ha imposto di superare l'esitazione vaccinale entro un arco temporale assai ristretto, al fine di garantire il principio di sicurezza delle cure, scongiurando il veloce propagarsi del contagio e l'unica strada percorribile, almeno con riferimento a talune attività lavorative, rimane quella dell'obbligo della somministrazione del vaccino.

Per rendere più agevole la conoscibilità sugli effetti della vaccinazione, l'art. 8 del d. l. n. 172 del 2021 ha previsto una campagna promozionale allo scopo di favorire una elevatissima adesione volontaria al vaccino e giungere alla immunità sociale. Il dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri ha elaborato un piano per garantire i più ampi spazi sui mezzi di informazione di massa sul tema della vaccinazione *anti – Sars – CovV2*.

Proprio grazie alla scienza e ai vaccini le società non sono state più costrette a respingere il virus a mani nude e hanno raddrizzato il timone del loro destino con il ritorno, seppur assai lento e graduale, alla normalità. Affinché, l'infezione possa lentamente passare dalla fase pandemica alla fase endemica, la fiducia nei progressi della scienza e la prudenza dovranno continuare, anche in futuro, ad orientare i nostri comportamenti quotidiani.

---

<sup>7</sup> M. MAGISTRONI, *Forse c'è un legame tra populistici e antivaccinisti*, in *Wired.it*, 6 marzo 2019.



# Covid e tabù

## L'informazione ai tempi della guerra contro il Covid

di Luca Ricolfi

SOMMARIO: 1. Fare informazione in tempi di guerra. – 2. Dal *fact checking* al *fake checking*. – 3. Tre casi di sproporzionata disattenzione. – 4. *Cherry picking*, il vizio comune di provax e nivax. – 5. Scelta vaccinale e razionalità. – 6. Due metriche per l'efficacia vaccinale. – 7. L'aritmica dell'immunità di gregge

### 1. *Fare informazione in tempi di guerra*

Oltre a fare il professore universitario, di Sociologia e Analisi dei dati, negli ultimi 16 anni ho fatto il mestiere di editorialista. I quotidiani con cui ho collaborato, la Stampa, Il Sole 24 Ore, il Messaggero erano (e sono tuttora) politicamente poco caratterizzati. In concreto, vuol dire che potevo scrivere (quasi) tutto quel che mi passava per la testa.

Certo, mi è capitato di sentire qualche volta la pressione a non essere troppo crudo, ma mai ho avuto la sensazione che ci fossero cose vere che non si potevano dire. O, più esattamente: mai ho avuto la sensazione che ci fosse, nei miei campi di studio, qualche risultato di ricerca di cui – sul quotidiano – era meglio non parlare. Anche nell'epoca del berlusconismo e dell'anti-berlusconismo, le cose erano filate lisce: si poteva essere pro o contro, e agli studiosi al massimo capitava di sentirsi dire che un certo risultato, una certa analisi, un certo dato potevano essere “strumentalizzati” dalla destra o dalla sinistra.

Oggi è ancora così?

Per certi versi credo di sì. Anche oggi, nessuno ti dice che cosa devi scrivere, e che cosa non puoi scrivere. Ma per altri versi sento che no, non è più così. Un clima come quello che si respira da 8-9 mesi a questa parte non mi è mai capitato di avvertirlo prima, forse perché non sono abbastanza vecchio per avere memoria di quel che può diventare il mestiere di editorialista indipendente quando scoppia una guerra.

Già, perché questo è successo: alla fine del 2020 l'Italia, come ogni altra nazione europea, ha dichiarato ufficialmente guerra al virus. E, nello stato di guerra, tutto cambia. La popolazione è chiamata a cooperare allo sforzo bellico, e chi è nella condizione di vestire la divisa (i maggiorenni) è tenuto ad arruolarsi (vaccinarsi). Chi rifiuta di farlo è considerato un disertore, chi non partecipa alla campagna di arruolamento, o lo fa esprimendo qualche riserva, viene visto come un disfattista. I media principali sono chiamati a dare il loro contributo a vincere la guerra che è stata dichiarata. Non era mai successo, dalla fine della seconda guerra mondiale, ossia dall'ultima guerra vera scoppiata in Europa.

Ed ecco il problema. Il lavoro dello studioso, se non è accecato dall'ideologia e dalla faziosità, non è quello di sostenere con tutti i mezzi una determinata causa, foss'anche la più nobile. Il lavoro dello studioso è di dire le cose come stanno, in base alle risultanze della ricerca scientifica. Se non fa questo, e decide che cosa dire e che cosa non dire in base all'opportunità politico-militare del momento, perde completamente la sua credibilità.

Ma dire le cose come stanno è difficile nel corso di una guerra, e lo è particolarmente sui media più autorevoli (stampa e tg), che – giustamente dal loro punto di vista – si sentono impegnati in una missione suprema, la guerra al Covid, non certo a dare ai propri lettori una rappresentazione accurata della realtà. Il guaio, per lo studioso, è che fra le molte cose vere o supportate dai dati ve ne sono parecchie che non tengono alto il morale delle truppe, o addirittura hanno effetti di demoralizzazione.

Né si pensi che tutto il problema stia nei mezzi di comunicazione ufficiali e a vasta diffusione, come i quotidiani nazionali e le reti tv. In questi mesi ho letto sul web migliaia di interventi, sia di tipo scientifico sia di tipo giornalistico, sul Covid e i vaccini, e quasi sempre, fin dalle prime righe, sono stato in grado di riconoscere l'intento primario dell'autore: o la difesa della vaccinazione, o la messa in dubbio della sua utilità e sicurezza.

Aut Aut. Mai il tentativo di raccontare l'intera verità, o perlomeno quello che fino a quel momento si sa dell'andamento dell'epidemia e dei mezzi per contrastarla.

## 2. *Dal fact checking al fake checking*

Questa compulsione a prendere partito, riducendo al minimo i dubbi e le sfumature, è tanto più interessante quando si manifesta negli interventi di *fact checking*, i cui estensori ambirebbero ad un ruolo di giudici obiettivi e neutrali: anche lì, dopo poche righe, capisci dove si va a parare.

La pratica del *fact checking*, proliferata durante il Covid, meriterebbe uno studio a sé. In innumerevoli casi si è trasformata in una sorta di killeraggio a danno delle posizioni eterodosse, anche se sostenute da studiosi autorevoli, o supportate da pubblicazioni in riviste prestigiose.

Forse il caso più clamoroso di killeraggio è stato quello nei confronti degli scienziati che sostengono la tesi, minoritaria ma non del tutto priva di argomenti a supporto, secondo cui la vaccinazione di massa – in presenza di alti livelli di circolazione del virus – possa favorire la nascita di varianti resistenti ai vaccini stessi.

Questa tesi, giusta o sbagliata che sia, è stata completamente cancellata dalla comunicazione pubblica, perché avrebbe potuto instillare il dubbio che sia stata

una follia, nell'autunno-inverno del 2020, non abbattere la circolazione del virus *prima* di iniziare la vaccinazione di massa; e ora potrebbe alimentare il sospetto che la vaccinazione non basti, e che l'era delle restrizioni e dei *lockdown* non sia affatto finita.

Nonostante gli sforzi per cancellarla e squalificarla, la tesi della pericolosità della vaccinazione di massa in condizioni di alta circolazione del virus sta faticosamente riemergendo nel dibattito scientifico, anche in sedi prestigiose come la rivista "Nature". Forse, dovremmo smettere di parlare di *fact checking*, e prendere atto della mutazione: in epoca di guerra, il *fact checking* si è trasformato in *fake checking*, al servizio dell'ortodossia dominante.

Ricapitolando: la dichiarazione di guerra al Covid, scattata con l'inizio della campagna di vaccinazione (27 dicembre 2020), ha reso la vita difficile al dubbio e all'esercizio del senso critico, che pure dovrebbero essere – in una situazione in cui la scienza ha pochissime certezze – le modalità normali di comunicazione. Il tutto in favore di uno stile di comunicazione parziale ed omissivo, dove la chiave di volta non è ciò che si racconta, ma ciò di cui si preferisce tacere.

### 3. Tre casi di sproporzionata disattenzione

Lo stile omissivo tocca sia la comunicazione *provax*, volta alla promozione della campagna vaccinale, sia quella *nivax*, volta a sollevare dubbi sulla vaccinazione (della comunicazione platealmente *novax* non mi occupo, essendo facilmente riconoscibile e poco interessante).

È il caso di notare, tuttavia, che vi sono anche omissioni che, almeno a prima vista, non hanno una evidente finalità pro o antivax. Sembrano, piuttosto, frutto di un mix di superficialità, disattenzione, gregarismo (il desiderio di parlare di ciò di cui parlano tutti, per parafrasare il romanzo di Francesco Piccolo).

Rientrano in questa categoria tre casi di "sproporzionata disattenzione" a ipotesi scientifiche interessanti e – se vere – potenzialmente ricche di conseguenze pratiche:

- la trasmissione aerea del virus (attraverso aerosol, anziché attraverso le goccioline);
- il ruolo protettivo della vitamina D;
- le basi genetiche della suscettibilità individuale al virus, nonché l'esistenza (da gennaio 2021) di un test per individuare gli italiani suscettibili (circa 1 su 6).

Sul primo punto (trasmissione mediante aerosol), il silenzio è durato circa un anno. Nonostante pubblicazioni scientifiche e appelli di centinaia di scienziati di decine di paesi, per tutto il 2020 l'Oms non ha mai voluto prendere seriamente atto di questa possibilità. In Italia, grazie a una lettera aperta del prof. Giorgio

Buonanno, l'allarme sulla realtà della trasmissione mediante aerosol era scattato fin dal 27 marzo 2020 (pochi giorni dopo l'inizio del *lockdown*), ma è stato completamente ignorato dalle autorità sanitarie, e solo tardivamente preso in qualche considerazione dai mass media.

Sul secondo punto (vitamina D), salvo isolate eccezioni, l'attenzione dei media è stata sempre bassissima, e sostanzialmente succube del Ministero della Salute che, diversamente dalla comunità scientifica, ha sempre cercato di togliere ogni legittimità all'ipotesi di un nesso fra carenza di vitamina D e suscettibilità al Covid. Ancora oggi (settembre 2021), sul sito del Ministero, l'ipotesi è sbrigativamente derubricata a *fake news*.

Sul terzo punto (basi genetiche), l'esistenza di una copiosa letteratura scientifica, e l'indubbia importanza dell'esistenza di un test (dell'Università di Verona) per individuare i soggetti più a rischio, non sono bastati ad attirare l'interesse dei media e delle autorità sanitarie.

Naturalmente, è comprensibile che Oms, governi, e autorità varie abbiano provato a ignorare e screditare ipotesi che potevano risultare (o quanto meno apparire) in contrasto con le politiche adottate. Meno chiaro perché i media le abbiano quasi completamente ignorate.

#### 4. Cherry picking, *il vizio comune di provax e nivax*

Ma torniamo ai tabù dei media provax e nivax.

L'informazione provax è incapace di accettare qualsiasi notizia scientifica che vada contro il totem della vaccinazione, così smorzando il consenso del pubblico, o disturbando i piani del governo. Nell'estate 2021, ad esempio, in piena stagione turistica, è stata messa la sordina alle ricerche che dimostravano che anche i vaccinati possono trasmettere il virus, e che non è affatto vero che fra vaccinati non ci si infetta: l'imperativo categorico era rendere desiderabile la vaccinazione, e favorire il decollo del Green Pass. È presumibile che nascondere i limiti della vaccinazione possa aver spinto la vaccinazione stessa, ma è certo che magnificare acriticamente le virtù protettive dei vaccini ha contribuito a ridurre la vigilanza e il rispetto delle regole di prudenza.

Non solo. Fra giugno e agosto la medesima sordina è stata imposta ad altre due notizie potenzialmente in grado di disturbare il manovratore: la notizia che Astra Zeneca, almeno nei primi mesi dalla seconda dose, è molto meno efficace di Pfizer, e la notizia che, dopo 6 mesi, l'efficacia di entrambi i vaccini è gravemente compromessa.

La prima notizia avrebbe reso difficile continuare a vaccinare con Astra-Zeneca, la seconda avrebbe impedito al governo di cavarsela portando da 9 a 12 mesi la validità del Green Pass, e lo avrebbe costretto ad avviare subito una campagna di rivaccinazione (come si apprestano a fare Israele, Regno Unito, Stati Uniti, Germania, Francia e molti altri paesi, europei e non).

È comprensibile che il Comitato tecnico-scientifico, che di fatto si muove come un organo politico, abbia dato il suo ok, ma è meno comprensibile che la stampa libera sia rimasta piuttosto quieta, come se lasciare scarsamente coperte milioni di persone (i vaccinati nei primi mesi 2021) non avesse costi umani seri, sotto forma di maggiori ospedalizzazioni e maggiori decessi.

L'informazione nivax, d'altro canto, pare strutturalmente incapace di leggere i dati. Ogni sorta di espediente logico viene usato per mettere in dubbio l'efficacia del vaccino. Ogni notizia che, a prima vista, suggerisce che i vaccinati si ammalano più dei non vaccinati, viene sbandierata acriticamente.

È interessante rilevare i non sequitur, i trucchi, le ingenuità della anti-informazione nivax. Per esempio il salto logico: anche i vaccinati possono infettarsi e trasmettere il virus, *dunque* è inutile pretendere il Green Pass (come se uno dicesse: qualche automobilista muore nonostante abbia la cintura di sicurezza, quindi non imponiamo le cinture di sicurezza).

Ancora più interessanti le ingenuità alla Cacciari, miseramente franato sul "paradosso di Simpson", una trappola statistica in cui si può cadere quando la relazione fra due variabili (vaccinazione e decesso) viene analizzata ignorando una terza variabile (l'età) che può capovolgere il segno della relazione. E infatti gli stessi dati invocati da Cacciari per insinuare che il vaccino non funziona, correttamente analizzati (dagli studiosi, ripresi dalla stampa provax), provano semmai l'esatto contrario.

Per non parlare dell'uso partigiano dell'argomento retorico "non ci sono prove incontrovertibili che...", un grimaldello con il quale diventa possibile giustificare o squalificare ogni sorta di affermazione, dalla pericolosità potenziale dei vaccini (non ci sono prove di effetti negativi sulla fertilità), all'efficacia preventiva della vitamina D (non ci sono prove che funzioni), ai rischi della trasmissione del virus mediante aerosol (non ci sono prove che avvenga).

Eppure, ci si dovrebbe rendere conto che l'argomento della mancanza di prove incontrovertibili è puramente retorico: l'assenza di prove può essere usata, intercambiabilmente, a sostegno di una tesi (non ci sono prove che la terapia X funzioni) così come della tesi contraria (non ci sono prove che la terapia X *non* funzioni).

È il caso di notare che l'uso strumentale, da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, dell'argomento "non ci sono prove incontrovertibili che..." ha impedito, per circa un anno, di riconoscere la possibilità e la pericolosità della trasmissione aerea (mediante aerosol), a dispetto degli innumerevoli studi, appelli e lettere aperte di centinaia di scienziati internazionali. Una cecità che, riducendo la vigilanza negli ambienti indoor, ha sicuramente aumentato, e non di poco, il numero dei morti per Covid.

Alle fine, quel che accomuna i due campi è l'omissione di informazioni rilevanti, e la selezione arbitraria di pezzi di informazione funzionali alla tesi che si vuole difendere, il cosiddetto *cherry picking*.

## 5. *Scelta vaccinale e razionalità*

Si potrebbe pensare, arrivati a questo punto, che il modo di disinformare di provax e nivax si riduca alla scelta dei tasselli da mettere in campo o, se preferite, alla gestione dei tabù.

In realtà non è tutto, c'è anche la matematica, o meglio la scarsa dimestichezza con la matematica, la logica e la statistica necessarie per destreggiarsi nei meandri dell'epidemia (un esempio lo abbiamo già visto a proposito del paradosso di Simpson). Prendiamo la questione della vaccinazione dei più giovani, ragazzi e bambini. L'atteggiamento prevalente nell'informazione main stream è di presentare l'esitazione vaccinale (ossia la posizione di chi teme la vaccinazione e non ha ancora deciso se vaccinarsi, o se vaccinare i propri figli), come un atteggiamento irrazionale, frutto di ignoranza e disinformazione.

Ma la matematica della scelta razionale, sia nella sua versione utilitarista sia in quella della *portfolio selection* (che incorpora l'avversione al rischio nelle funzioni di utilità soggettiva), racconta tutta un'altra storia. Per giudicare non razionale la scelta di non vaccinarsi dovrebbero essere noti, come minimo, il rischio di ammalarsi gravemente e i rischi connessi a effetti avversi di breve, medio e lungo periodo. Poiché il primo (rischio di malattia grave) è bassissimo per i più giovani, e i secondi (rischi futuri) sono semplicemente sconosciuti, non c'è nulla di intrinsecamente irrazionale nell'evitare un rischio di entità sconosciuta per proteggersi da un rischio di entità nota e trascurabile, o comunque bassissima (per un under 18 il rischio di decesso per Covid è almeno 10 volte più basso di quello di morire per un incidente stradale). Tanto è vero che, nelle scienze sociali, la scelta di non vaccinarsi viene tipicamente analizzata con gli strumenti della teoria dei giochi, ossia dentro il paradigma della *rational choice*.

Nel linguaggio della teoria della scelta razionale: il soggetto è costretto ad operare con probabilità soggettive, in una situazione che – tecnicamente – si definisce di incertezza, perché non solo è impossibile prevedere con esattezza le conseguenze dell'azione, ma non è neppure possibile assegnare delle probabilità obiettive ai vari esiti possibili. Se il soggetto percepisce i rischi futuri (sconosciuti) come superiori ai benefici (stimabili, e fortemente dipendenti dall'età) non si dà un modo scientifico di convincerlo a rifare i calcoli in altro modo. Si può solo tentare di persuaderlo che sopravvaluta i rischi del vaccino, e attendere che la scienza – forte di anni di sperimentazione sul campo – abbia gli elementi per risultare convincente.

Certo si può affermare che chi non si vaccina aumenta il rischio altrui, ma altrettanto bene si può obiettare che un genitore che autorizza la vaccinazione del figlio o della figlia minorenni ha una doppia responsabilità, verso la società ma anche verso la prole, di cui mai vorrebbe mettere a repentaglio l'integrità fisica futura. Nella mia esperienza, questa obiezione viene soprattutto dalle madri,

indipendentemente dal livello di istruzione, e non è agevolmente controvertibile. La decisione di vaccinare o non vaccinare un bambino, che politici e mass media tendono a presentare come una questione di senso civico, rientra assai più plausibilmente nel campo delle *tragic choices*, per usare la classica formulazione di Guido Calabresi.

Insomma: la scelta di vaccinarsi è razionale, ma quella di non farlo può esserlo altrettanto, esattamente come può essere razionale tanto scommettere sul verificarsi di un evento quanto scommettere sul fatto che *non* si verifichi (la differenza la fanno le percezioni soggettive dei decisori, nonché le rispettive propensioni al rischio).

Personalmente propendo per la vaccinazione, ma trovo sorprendenti la superficialità, l'arroganza e il paternalismo con cui – in una parte non piccola della comunicazione pubblica – vengono squalificati coloro che esprimono dubbi.

#### 6. *Due metriche per l'efficacia vaccinale*

La mancanza di dimestichezza con la matematica gioca anche altri brutti tiri. Ad esempio, porta a sottovalutare le differenze di efficacia fra i vaccini. Mi spiego con un esempio. Se ci dicono che il vaccino A fornisce una protezione del 95%, e il vaccino B del 90%, tendenzialmente ci facciamo l'idea che fra i due vaccini non vi siano grandi differenze. Invece le differenze sono enormi: il vaccino A riduce il rischio di un fattore 20, il vaccino B di un fattore 10.

Il fattore di riduzione ( $f$ ), infatti, è legato all'efficacia del vaccino ( $\epsilon$ ) dalla formula:

$$f = (1 - \epsilon)^{-1}$$

Se la si analizza attentamente, ci si rende conto che variazioni di efficacia apparentemente modeste, come quelle legate alla variante (delta piuttosto che alpha), al periodo di vaccinazione (primo o secondo trimestre del 2021), o al vaccino usato (Pfizer o AstraZenca), possono essere associate a enormi differenze nella protezione dal rischio, anche da una amplissima protezione 33 (efficacia del 97%) a una modesta protezione 3 (efficacia del 67%).

Che i mass media, quando parlano di efficacia, usino sempre la metrica di  $\epsilon$  e non quella di  $f$  induce il pubblico a non percepire le grandissime differenze che possono sussistere fra situazioni e fra vaccini.

## 7. *L'aritmetica dell'immunità di gregge*

Il caso più clamoroso di incomprensione dell'aritmetica dell'epidemia è però quello della cosiddetta immunità di gregge. Uno degli argomenti più ripetuti a favore della vaccinazione di massa è che, grazie ad essa, raggiungeremo l'immunità di gregge. L'argomento è spesso accompagnato da percentuali-obiettivo, tipo “dobbiamo vaccinare almeno il 70% degli italiani”, e dalla tesi secondo cui – proteggendo una certa percentuale della popolazione – anche i non vaccinati risulterebbero protetti (una curiosa applicazione del concetto di *free rider*).

Ma questi argomenti non sono semplicemente fuorvianti, sono del tutto errati. Intanto non è vero che, raggiunta la percentuale che garantisce l'immunità di gregge, i vaccinati proteggono anche i non vaccinati. Il significato della soglia di copertura vaccinale necessaria (70% nell'esempio) è solo che, se la si raggiunge (e se si adottano alcuni assunti semplificatori sulle interazioni sociali), l'epidemia si ferma, e se la si supera – prima o poi – l'epidemia si spegne. In altre parole: i non vaccinati continuano ad ammalarsi e morire, ma il numero di nuovi casi diventa sempre più piccolo, fino ad azzerarsi in un futuro più o meno lontano.

La formula standard per calcolare la copertura vaccinale ( $V_c$ ) che garantisce l'immunità di gregge è:

$$V_c = 1 - 1/R_0$$

dove  $R_0$  è il numero di riproduzione di base, ossia il numero medio di persone contagiate da un soggetto che si ammala. Il valore di  $R_0$  era circa 3 all'inizio dell'epidemia, è diventato circa 5 con la variante alpha, e circa 8 con la variante delta. In concreto, vuol dire che con il virus originario ci sarebbe bastato vaccinare 2/3 della popolazione, con la variante alpha (sopraggiunta nell'inverno 2020-2021) avremmo dovuto vaccinare l'80% della popolazione, con la variante delta (diventa prevalente nella primavera del 2021) dovremmo vaccinare l'87.5% della popolazione. L'obiettivo è chiaramente irraggiungibile, a meno di imporre l'obbligo vaccinale e abbassare ancora un po' l'età minima dei vaccinabili.

Ma supponiamo di farlo e che, con le buone o con le cattive, si riesca a vaccinare il 95% della popolazione. Basterebbe a spegnere l'epidemia?

La risposta è no, perché la formula dell'immunità di gregge vale per i vaccini sterilizzanti, che immunizzano *completamente* chi si vaccina. Il che vuol dire: chi si vaccina non può infettarsi, né trasmettere il virus ad altri. Se il vaccino è leaky, cioè non sterilizzante, vale una formula modificata:

$$V_c = (1 - 1/R_0)/E$$

dove il termine  $E$  rappresenta quel che alcuni studiosi chiamano “efficienza vaccinale”, ossia la capacità media di impedire reinfezioni e trasmissione ad altri.

L’efficienza di un vaccino sterilizzante è per definizione 1, ossia è pari al 100%, e genera la prima formula, in cui  $E$  non compare. Quella di un vaccino leaky è difficile da calcolare, se non altro perché dipende dal mix di varianti presente in un dato momento in un certo luogo, ma certamente è ampiamente inferiore a 1.

Supponendo, ottimisticamente, che sia 0.80, il valore di  $V_c$  passa da 0.875 (per  $E=1$ ) a 1.094, il che significa: non basta vaccinare l’87.5% della popolazione, ma occorrerebbe vaccinare il 109.4%.

Un risultato chiaramente assurdo, che però ha una interpretazione concreta molto chiara e tranchant: con un vaccino *leaky*, a meno che la sua efficienza sia pari o superiore all’87.5%, non basta neppure vaccinare l’intera popolazione.

Tutto questo è perfettamente noto agli specialisti e, dopo un articolo apparso su “Nature” nel 2021, è ormai dato per scontato nella letteratura scientifica. Nella comunicazione pubblica invece no, si continua a alimentare l’illusione che, se ci vaccineremo tutti, potremo usufruire dell’immunità di gregge.

Il tutto in un’epoca in cui non si fa che parlare di *precision journalism*, *computer assisted reporting*, *data journalism*, *fact checking*, eccetera eccetera. Forse c’è qualcosa che non va.

## Riferimenti bibliografici

Aschwanden Ch.

2021 *Five Reasons why COVID Herd Immunity is Probably Impossible*, “Nature”, Vol. 591, 25 March.

Bauch C.T., Earn D.J.D.

2004 *Vaccination and the Theory of Games*, “Proceedings of the National Academy of Sciences, USA”, 101: 13391-4.

Bosshard M.

2021 *La “sperimentalità” dei vaccini conto il Covid-19: un punto di vista giuridico*, [www.fondazionehume.it](http://www.fondazionehume.it)

Buonanno G.

2020 *Lettera aperta*, “L’inchiesta. Quotidiano del Lazio meridionale”, 27 marzo ([www.linchiestaquotidiano.it](http://www.linchiestaquotidiano.it)).

2021 *La gestione della trasmissione del SARS-CoV-2 e del conseguente rischio contagio: il punto di vista di un ingegnere*, 2 aprile, [www.fondazionehume.it](http://www.fondazionehume.it).

Buonanno G., Morawska L, Stabile L.

2020 *Quantitative Assessment of the Risk of Airborne Transmission of SARS-CoV-2 Infection: Prospective and Retrospective Applications*, “Environment International”, 145, September.

- Calabresi G., Bobbit Ph.  
1978 *Tragic Choices*, New York, Norton.
- Fine P., Eames K., Heymann D.L.  
2011 “*Herd Immunity*”: *A Rough Guide*, “*Clinical Infectious Diseases*”, 52 (7).
- Galvani A.P., Reluga T.C., Chapman G.B.  
2007 *Long-standing Influenza Vaccination Policy is in Accord with Individual Self-interest but not with the Utilitarian Optimum*, “*Proceedings of the National Academy of Sciences, USA*”, 104: 5692-7.
- Gibson-Moore H.  
2021 *Vitamin D: What’s New a Year on from COVID-19 Outbreak?*, “*Nutrition Bulletin*”, 46.
- Harsanyi J.C.  
1977 *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Markowitz H.  
1952 *Portfolio Selection*, “*The Journal of Finance*”, Vol. 7, No. 1, March.
- Radujkovic A. et al.  
2020 *Vitamin Deficiency and Outcome of COVID-19 Patients*, “*Nutrients*”, 12, 2757.
- Rella S.A. et al.  
2021 *Rates of SARS-CoV-2 Transmission and Vaccination Impact the Fate of Vaccine-resistant Strains*, “*Nature*”, *Scientific Reports* 11, 30 July.
- Rhea E.M, et al.  
2021 *The S1 Protein of SARS-Cov-2 Crosses the Blood-Brain Barrier in Mice*, “*Nature*”, vol. 24, March.
- Zeberg H., Pääbo Sv.  
2020 *The Major Genetic Risk Factor for Severe Covid-19 is Inherited from Neanderthals*, “*Nature Neuroscience*”, 30 Sept (published on line).

## Diritti e pandemia

di Giuseppe Valditara

Per la prima volta nella storia dell'Italia repubblicana stiamo assistendo ad una sospensione assai prolungata di diritti fondamentali garantiti dalla nostra Costituzione. L'emergenza consente la sospensione di alcuni diritti e libertà costituzionali per salvaguardarne altri. Peraltro, la Corte costituzionale ha affermato in più sentenze l'equivalenza dei diritti costituzionali,<sup>1</sup> pur avendo del pari riconosciuto che il diritto alla vita è "il «primo dei diritti inviolabili dell'uomo» [...] in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri".<sup>2</sup>

Per una parte importante della pandemia la sospensione dei diritti di libertà e la sospensione del diritto al lavoro sono state giustificate proprio dall'esigenza di salvaguardare il diritto alla vita, quale diritto principe e irrinunciabile garantito dalla nostra Costituzione.

L'emergenza, però, come è chiaro dalla giurisprudenza costituzionale, deve necessariamente avere il carattere della temporaneità;<sup>3</sup> in caso contrario, si trasforma in normalità. Se una condizione è duratura e stabile nel tempo, certamente non può più dirsi emergenza. Va anche considerato che la variante "Omicron" ha introdotto alcune novità nello scenario sanitario, in quanto si è dimostrata di letalità assai inferiore rispetto alle varianti precedenti. Grazie anche alla diffusa vaccinazione e alla massiccia immunizzazione che complessivamente coprono più del 90% della popolazione sopra i 12 anni, l'indice di diffusione del virus è ora stabilmente sotto 1.

Si pone perciò il problema di stabilire se sia ancora così stringente ed emergenziale la necessità di sacrificare diritti fondamentali di notevole importanza quali libertà e lavoro.

---

<sup>1</sup> Cfr. in particolare, Corte cost., sent. n. 85 del 2013, in cui il giudice delle leggi afferma che "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".

<sup>2</sup> Così Corte cost., ord. n. 207 del 2018 e sent. 242 del 2019. Nello stesso senso v. anche Corte cost., sent. n. 223 del 1996 e n. 35 del 1997. Da ultimo v. anche Corte cost., sent. n. 50 del 2022.

<sup>3</sup> Cfr. Corte cost. sent. n.15/1982 in cui si sottolinea come "l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea"; v. anche Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in AIC, 2 (2015), 1 ss. La temporaneità della emergenza era già avvertita nell'ordinamento costituzionale della Roma repubblicana: v. G. VALDITARA, *Il dictator tra emergenza e libertà*, Torino 2021).

Il legislatore non ha voluto imporre un obbligo vaccinale generalizzato, ma risultati analoghi sono stati raggiunti attraverso la previsione di una serie di divieti e prescrizioni. Ad oggi per determinati soggetti, che sono i soggetti non vaccinati o quelli vaccinati da più di 6 mesi, sono previste forti compressioni non solo della libertà di movimento, ma anche del diritto al lavoro, che possiede un peso assai rilevante nel bilanciamento dei valori costituzionali. Una delle novità decisive della nostra Costituzione è stata infatti l'introduzione dei diritti sociali, <sup>4</sup> considerati dal Costituente come diritti fondamentali.<sup>5</sup> Tra questi, tanto fondamentale è il diritto al lavoro, che l'art. 1 della nostra Costituzione recita "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro". Occorre domandarsi se, in prospettiva, non possano essere sollevati dei dubbi di costituzionalità, laddove dovesse essere prolungata la compressione di questo diritto. Si tratta di tematiche che il legislatore, la dottrina e chi si occupa di insegnare le materie giuridiche non possono non porsi.

L'attuale situazione di eccezionalità potrebbe non ripetersi in futuro. È probabile infatti che questa pandemia diventi endemica. Rientri cioè nella "normalità". Alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale non sarebbe dunque giustificata la compressione per tempi indefiniti di diritti fondamentali. Se ciò avvenisse si cambierebbe l'assetto stesso della nostra Costituzione.

Potrebbero però in futuro verificarsi situazioni non troppo diverse da quella che abbiamo vissuto in questi anni. Per quanto possiamo augurarci che tante fosche previsioni non si realizzino, il rischio che nei prossimi anni si presenti sulla scena internazionale qualche nuovo virus è molto concreto. Occorre dunque ripensare la sanità. La sanità italiana, come tante altre sanità in Europa e nel mondo, si è rivelata assolutamente inadeguata. Troppo pochi sono i medici, in particolare gli specialisti in medicina di rianimazione e i medici di pronto soccorso. Patiamo un'inadeguatezza strutturale, legata alla scarsità di investimenti, dei reparti di terapia intensiva. Per troppo tempo, inoltre, è stata dimenticata in Italia la medicina territoriale e domiciliare, che si è rivelata invece un fulcro indispensabile nella efficace lotta al virus.

Occorre in prospettiva programmare un diverso modello di sanità.

Più in generale è mancata una strategia sanitaria europea. È indispensabile immaginare che le linee generali di contrasto a malattie trasmissibili siano di competenza di una rinnovata UE.

Anche da questo punto di vista i giuristi possono, insieme ai medici, fornire spunti e soluzioni.

---

<sup>4</sup> Sui diritti sociali nella Costituzione nella vasta dottrina per un utile quadro generale v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, II ed., Torino, 2020, *passim*.

<sup>5</sup> Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, 489 ss.

# La pandemia di COVID 19 come stress test per i diritti fondamentali: prime note\*

di Filippo Vari

SOMMARIO: 1. Le restrizioni al godimento dei diritti fondamentali per il contenimento della pandemia. – 2. La Costituzione repubblicana e la salute collettiva. – 3. Come valutare la proporzionalità delle misure adottate. – 4. Uno sguardo sul futuro.

## 1. *Le restrizioni al godimento dei diritti fondamentali per il contenimento della pandemia*

La pandemia di Coronavirus 19 ha rappresentato, insieme all'emergenza terroristica, la sfida più grande per la Costituzione italiana dalla sua entrata in vigore.

Nel nostro ordinamento la protezione dei diritti fondamentali, negli ultimi due anni, è stata sottoposta a un durissimo *stress test*, per mutuare un'immagine dal mondo dell'economia. Con soddisfazione si può affermare che, ancora una volta, la Carta fondamentale, nella parte iniziale sui Principi fondamentali e nella Parte prima dedicata ai "Diritti e doveri dei cittadini", ha dimostrato una straordinaria attualità.

In questa sede è impossibile ripercorrere analiticamente tutte le limitazioni ai diritti fondamentali imposte dall'esigenza di contenere la pandemia.<sup>1</sup> Esse sono, oltretutto, note, facendo parte della esperienza vissuta da tutti noi dal marzo 2020: si pensi al primo *lockdown*, caratterizzato da fortissime limitazioni alla libertà di circolazione, con la possibilità di uscire dal proprio domicilio solo per necessità, motivi di salute o di lavoro; dalle misure restrittive della libertà di riunione, con il divieto di assembramenti; dalle restrizioni alla libertà religiosa, con la partecipazione alle celebrazioni liturgiche preclusa ai fedeli; dal restringimento della libertà d'iniziativa economica, con la chiusura o la forte limitazione di una serie di attività commerciali. Si ricordi, inoltre, il c.d. coprifuoco dello scorso anno, cioè la restrizione di nuovo alla libertà di circolazione oltre una certa ora, con le eccezioni sopra richiamate in relazione al primo lockdown, e le conseguenti restrizioni a tutti gli altri diritti di libertà connessi alla circolazione (riunione, iniziativa economica, etc.).

Si è trattato di una serie di misure che hanno ristretto il godimento di diversi

---

\* Questo lavoro è stato elaborato nell'ambito del PRIN "Garanzia dei diritti e qualità dei servizi nella prospettiva dello sviluppo territoriale integrato", cui partecipata un'unità dell'Università Europea di Roma, diretta dalla prof.ssa Loredana N.E. Giani Maguire, e riprende l'intervento dell'autore in occasione del webinar *Pandemia e diritti fondamentali*, organizzato dalla Università Europea di Roma, il 28 gennaio 2022, al quale hanno partecipato i proff. Crisanti, Giani, Nicotra, Ricolfi, Validitara.

<sup>1</sup> Una trattazione più compiuta può essere rinvenuta in AA.VV., *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. Marini, G. Scaccia, Torino, 2020.

diritti fondamentali in misura mai vista prima nella vita repubblicana e difficilmente immaginabile fino a due anni fa.<sup>2</sup>

## 2. *La Costituzione repubblicana e la salute collettiva*

Per offrire una valutazione di carattere generale sulla compatibilità di tali misure con la Costituzione repubblicana occorre, anzitutto, ricordare che quest'ultima, per garantire la salute collettiva, contiene una serie di clausole suscettibili di aprire ampie possibilità a restrizioni dei diritti fondamentali: dall'art. 16 Cost., che consente limitazioni alla libertà di circolazione per "fini di sanità", rientrando in tale fattispecie il contenimento delle epidemie e le emergenze determinate da pubbliche calamità, all'art. 17, che prevede limitazioni alla libertà di riunione "per comprovati motivi di sicurezza e incolumità pubblica". Nel quadro costituzionale un ruolo fondamentale spetta, poi, all'art. 32 Cost. che, com'è noto, prevede che la salute è "fondamentale diritto dell'individuo" e, al tempo stesso "interesse della collettività", chiarendo che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" e che tale trattamento debba avvenire nei "limiti imposti dal rispetto della persona umana".

L'art. 32 Cost., per dirla con la giurisprudenza costituzionale, "postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività".<sup>3</sup>

## 3. *Come valutare la proporzionalità delle misure adottate*

Se si passa, poi, a fare una valutazione, sia pure qui limitata a un'analisi di carattere generale, in ordine alla proporzionalità delle restrizioni ai diritti fondamentali degli ultimi due anni, applicando uno schema utilizzato da tanti Tribunali costituzionali<sup>4</sup> si può rilevare che, al di là delle singole e specifiche

<sup>2</sup> Cfr. al riguardo M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, II ed., Torino, 2020, 45 s., il quale evidenzia che "la diffusione della pandemia in Italia ha portato [...] all'adozione di una serie di misure limitative dei diritti senza precedenti nella nostra storia costituzionale".

<sup>3</sup> Corte costituzionale, sent. n. 5 del 2018, §. 8.2.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>4</sup> Nel 2013 M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza italiana*, Relazione per la Conferenza trilaterale della Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, nel sito della Corte costituzionale, pag. 6 del dattiloscritto, evidenziava come fosse "del tutto estraneo all'esperienza italiana" l'affinamento "di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità, così diffuso in altre esperienze"; significativi passi avanti sono stati fatti, tuttavia, da allora dal giudice delle leggi italiano e per l'evoluzione più recente della giurisprudenza v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 127 ss.

previsioni, la drammaticità della situazione ha legittimato misure molto incisive.

Dove si fonda la legittimazione di tali misure? Anzitutto sui beni che esse miravano a salvaguardare. Va, infatti, ricordato che lo scopo principale del primo lockdown del marzo 2020 e di quello dell'autunno/inverno successivo è stato di proteggere non solo la salute, ma anche la vita delle persone e, più in generale, la tenuta complessiva dell'ordinamento, la pace sociale o, per dirla più semplicemente, ma anche più precisamente, l'ordine pubblico:<sup>5</sup> quando, infatti, si rischia il collasso degli ospedali, si versa in una situazione nella quale le istituzioni e, più in generale, l'ordinamento rischiano di non essere più in grado di garantire la "ordinata convivenza civile".<sup>6</sup>

Ravvisata, così, la legittimità dei fini perseguiti con le restrizioni imposte per il contenimento della pandemia, occorre domandarsi se i mezzi stabiliti fossero coerenti tali fini. In proposito, depongono in senso positivo le considerazioni di tanti scienziati, a partire da quelli presenti nel Comitato tecnico scientifico, sul quale peraltro ci sarebbe molto da dire, come pure i risultati che le misure di contenimento della pandemia hanno prodotto e, al contrario, gli effetti determinati dal loro allentamento, sempre connesso a un aumento del numero di contagi.

Quanto, poi, alla esistenza di mezzi meno invasivi per far fronte all'emergenza, sicuramente nel primo *lockdown* si è scontata un'eccessiva rigidità delle misure, come ha dimostrato l'esperienza dello inverno scorso, in cui non si è giunti a imporre una chiusura generalizzata come quella dell'anno precedente. Il pur necessario primo *lockdown* del 2020 avrebbe potuto avvenire in forme più leggere, come ci dimostra anche l'esperienza comparatistica.<sup>7</sup> Si pensi ai diversi Paesi europei, in cui era possibile uscire di casa per attività fisica senza particolari restrizioni, presenti invece nel nostro Stato. Purtroppo la scarsa conoscenza delle caratteristiche del virus e la difficile situazione italiana già nel momento in cui si sono imposte le prime restrizioni ha spinto per decisioni rigidissime, anziché ricercare strade meno dure per raggiungere il medesimo risultato. In questo contesto non si possono non stigmatizzare i limiti alla libertà d'informazione,

---

<sup>5</sup> In proposito sia consentito il rinvio a F. VARI, F. PIERGENTILI, "To no other end, but the... Safety, and public good of the People": le limitazioni alla protezione dei dati personali per contenere la pandemia di Covid-19, in *Rivista AIC*, 1/2021, 331 ss.

<sup>6</sup> Nella quale si sostanzia il concetto di ordine pubblico: così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 127.

Al riguardo A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), nota che, nel contenimento della pandemia di Covid 19, "è in gioco – piaccia, o no, dobbiamo averne piena consapevolezza – la sopravvivenza stessa della Costituzione, nell'insieme dei valori fondamentali in essa positivizzati e nelle norme che vi danno voce e svolgimento, e, con essa, della società e dello Stato al quale tutti apparteniamo".

<sup>7</sup> Un utilissimo strumento per la comparazione è il sito <https://www.comparativecovidlaw.it/>. Cfr., inoltre, i contributi nel volume AA.VV., *Pandemocracy in Europe. Power, Parliaments and People in Times of COVID-19*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, 2022.

soprattutto, ma non solo, della comunità scientifica, quanto ai dati disaggregati relativi alla pandemia. In nome della *privacy*, le amministrazioni pubbliche hanno deciso di non fornire, diversamente da quanto avviene in altri Paesi, dati più precisi sullo sviluppo della pandemia, che avrebbero consentito un miglior controllo sulla proporzionalità delle misure e, in particolare, sulla coerenza tra i fini posti dal legislatore e gli strumenti prescelti, come pure sull'esistenza di rimedi meno invasivi per il raggiungimento dei fini sopra esposti.

Infine, quanto alla “proporzionalità in senso stretto”, anche sotto tale profilo si può sollevare qualche perplessità o critica in riferimento a singole restrizioni, come ad es. la durata dei divieti di celebrazioni religiose che si è protratto addirittura oltre il termine per la ripresa di alcune attività certamente più pericolose;<sup>8</sup> ma in linea generale è difficile sostenere l'irragionevolezza delle restrizioni ai diritti fondamentali di cui si è detto, anche alla luce del difficile e complesso quadro pandemico e delle finalità che esse si proponevano.

#### 4. *Uno sguardo sul futuro*

Se questo è un rapido quadro di quanto avvenuto in passato, e senza poter in questa sede soffermarsi su profili più legati alla teoria delle fonti del diritto – sui quali ci sarebbe anche molto da riflettere<sup>9</sup> – occorre interrogarsi sul futuro. Un futuro nel quale la scienza insegna che nel breve periodo non riusciremo a liberarci del Sars COV2 e, anzi, dovremo abituarci a convivere con il virus.

A tal proposito si può affermare, sempre in linea generale, che la compatibilità con la Costituzione delle decisioni che assumerà il legislatore dipende dall'impatto dello stesso morbo. Siamo, infatti, di fronte a un caso in cui il fatto incide fortemente, in maniera determinata, sulla valutazione della normativa:<sup>10</sup> se il COVID si riducesse, come speriamo tutti, a un'influenza, verrebbero meno le ragioni sopra esposte che hanno legittimato la restrizione a tanti diritti fondamentali negli ultimi due anni.

Se viceversa, come è oggi e come sembra probabile, il virus continuasse a mantenere, oltre che una grande diffusione, una significativa letalità, rimarrebbe aperta la possibilità di ricorrere a misure restrittive del godimento dei diritti fon-

<sup>8</sup> Importanti considerazioni, invece, in relazione al diritto di difesa in M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo*, in *Sistema penale*, 2021, su Internet all'indirizzo <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/bontempelli-emergenza-covid-ragionevole-durata-processo-penale>.

<sup>9</sup> Al riguardo v. quanto meno M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum in onore di Pasquale Costanzo*, nonché in *Rivista AIC*, 2020, 109 ss.; I. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021.

<sup>10</sup> Cfr. in proposito A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione*, cit.

damentali. In questa prospettiva, pare senz'altro da condividere l'autorevole proposta di migliorare significativamente il sistema di tracciamento,<sup>11</sup> ricorrendo agli strumenti digitali. In altra sede abbiamo provato a esporre le ragioni per le quali la Costituzione può tollerare un sistema di tracciamento dei contatti in assenza del consenso dell'interessato, sia pure con la certezza assoluta che i dati siano utilizzati solo al fine di contenere la pandemia.<sup>12</sup> Inoltre, nella seconda ipotesi, sarebbe ben possibile ricorrere allo strumento della vaccinazione obbligatoria. Essa, infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale, anche recente, sarebbe legittima alle seguenti condizioni: "se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato".<sup>13</sup> La presenza di queste tre condizioni legittima, dunque, il legislatore a prevedere un obbligo vaccinale per arginare la pandemia.

Al di là di singole soluzioni da proporre, peraltro, dalla Costituzione sembrerebbe potersi trarre anche un metodo, il cui rispetto dovrebbe essere foriero di profonde conseguenze per l'organizzazione sociale.

La Corte costituzionale, in una notissima decisione di quasi dieci anni fa, ha ricordato che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri"; altrimenti "si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".<sup>14</sup>

Questo passaggio della giurisprudenza costituzionale ha avuto grande fortuna nel dibattito pubblico e scientifico. Esso, tuttavia, come tutti i passaggi delle sentenze, necessita di essere contestualizzato. Come nota autorevole dottrina, infatti, la dignità, pur essendo un diritto fondamentale, si sottrae al bilanciamento.<sup>15</sup> Lo stesso dovrebbe accadere, però, per la vita, che la stessa Corte costituzionale riconosce come primo di tutti i diritti, in quanto presupposto per il godimento di tutti gli altri.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Autorevolmente lanciata dal prof. Crisanti e dal prof. Ricolfi

<sup>12</sup> Sia consentito il rinvio a F. VARI, F. PIERGENTILI, "To no other end, but the... Safety, and publick good of the People", cit., 328 ss.

<sup>13</sup> Corte cost., sent. n. 5 del 2018, §. 8.2.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 85 del 2013, §. 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>15</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Appunti per uno studio della dignità dell'uomo secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 3 ss. Ivi dottrina sul punto.

<sup>16</sup> Al riguardo sia consentito il rinvio a F. VARI, F. PIERGENTILI, *Sull'introduzione dell'eutanasia nell'ordinamento italiano*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 7 ss.

Non si possono porre sullo stesso piano la vita delle persone e diritti fondamentali, pur importantissimi, come ad es. quello all'istruzione. Perché è vero che i giovani hanno diritto ad andare a scuola e a ricevere istruzione. Ma è altrettanto vero che ciò non può avvenire a scapito della loro vita – anche se grazie a Dio i casi di effettivo rischio dei minori sembrano rarissimi e collegati alla presenza di altre malattie – di quella dei membri delle loro famiglie, di quella dei docenti e del personale scolastico. E allora come se ne esce? Si può garantire, ad es., l'istruzione senza mettere a repentaglio la vita? Certo, ma ciò richiede, sin da oggi, una profonda riorganizzazione della nostra società. Dalla Costituzione ovviamente non si possono trarre le indicazioni specifiche e le soluzioni che spetta individuare, invece, al legislatore e, dunque, alla politica, con l'aiuto della scienza. Ma dalla Carta fondamentale può trarsi un metodo. E cioè quello di porre al centro delle scelte e delle decisioni pubbliche l'uomo,<sup>17</sup> “pietra d'angolo della Costituzione”, come ebbe a definirlo Giorgio La Pira.<sup>18</sup> L'uomo non astratto, in una situazione pre-pandemica che tutti vorremmo ritornasse, ma nessuno può realizzare; ma, per riprendere, adattandola, una nota espressione di Burdeau, “l'homme situé”,<sup>19</sup> nella contemporaneità della pandemia, con i suoi bisogni, ai quali si aggiungono oggi grandi paure.

Che vuol dire in concreto? Vuol dire che, nell'ipotesi del perdurare di una significativa pericolosità del virus, le autorità politiche sono chiamate a esplorare

---

Pur non condividendo l'impossibilità di bilanciare il diritto alla vita, A. RUGGERI, *Il referendum sull'art. 579 cp: inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, in AA. VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 cp*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, 2022, disponibile su Internet all'indirizzo <http://www.amicuscuriae.it/wp-content/uploads/2022/01/volume-intero-Amicus-Curiae-2021.pdf>, 194 ricorda come la vita è “un diritto, anzi il primo dei diritti fondamentali (non già nel senso che si ha il diritto di venire al mondo bensì nell'altro che, una volta venuti alla luce, si ha il diritto di restarvi, perlomeno fino a quando è possibile), dal momento che senza di essa non sarebbero neppure immaginabili i restanti”. Nella giurisprudenza costituzionale v., in particolare, Corte cost., sentt. n. 223 del 1996, n. 35 del 1997 e, più recentemente, ord. n. 207 del 2018, sent. n. 42 del 2019, nonché, da ultimo, sent. n. 50 del 2022. Su quest'ultima v. A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2022, 464 ss.

<sup>17</sup> Cfr. sul tema A. LOIODICE, *Attuare la Costituzione. Sollecitazioni straordinarie*, Bari, 2000, 34, per il quale poiché “la Costituzione ha fatto una precisa opzione; ha posto al centro del sistema giuridico costituzionale il riconoscimento dell'uomo, della persona umana con la sua dignità”, “laddove si commette l'errore antropologico di collocare, non l'uomo, ma altra entità nel punto focale delle iniziative, delle azioni e delle decisioni, lì si commette anche un errore giuridico”.

<sup>18</sup> G. LA PIRA, *Intervento*, in *Atti Assemblée Costituente*, seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947, 1981 s., disponibile su Internet, nel sito della Camera dei deputati.

<sup>19</sup> Su tale concetto v. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2011, disponibile su Internet all'indirizzo [https://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2010/Relazione\\_prof\\_Luciani.pdf](https://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2010/Relazione_prof_Luciani.pdf), pag. 19, nt. 61; V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle Linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 23.

tutte le strade per proteggere l'uomo e il suo diritto alla vita – che è la ragione prima della loro stessa esistenza<sup>20</sup> – e al contempo assicurargli il godimento dei diritti fondamentali. E allora, ancora più in concreto? Vuol dire che si può addirittura giungere a configurare, come evidenziato da Antonio Ruggeri,<sup>21</sup> un dovere per il Parlamento di ricorrere all'obbligo vaccinale, se utile per il singolo e per la comunità, secondo quanto innanzi evidenziato. Vuol dire utilizzare tecniche di tracciamento digitale dei contatti, sul modello delle democrazie, non delle autocratie, asiatiche. Vuol dire rendere più flessibile la Pubblica amministrazione e, in particolare, servizi come quello scolastico e quello sanitario. Ma possibile che, in epoca di pandemia, debba continuare il rigido schema per cui i bambini delle elementari debbano stare da orario fisso almeno 30 ore settimanali a scuola senza possibilità di concordare tra famiglie e scuole forme di flessibilità che alleggeriscano le strutture e i servizi, lasciandoli più fruibili per coloro che realmente ne hanno bisogno? Si pensi, poi, alla lentezza con cui si procede nelle classi all'installazione di sistemi di areazione che consentano di limitare i contagi tra gli studenti.<sup>22</sup>

E che dire del sistema sanitario, nel quale si è dimostrata, sia pure con virtuose eccezioni, l'inadeguatezza del sistema dei medici di base, ancora pagati forfettariamente per iscritti e non a prestazione, come invece in altri Paesi dell'UE, e senza un effettivo controllo degli ordini sull'adeguatezza degli studi medici e delle strumentazioni utilizzate?

Si tratta ovviamente solo di alcune proposte che, però, s'ispirano al metodo sopra indicato. Nella speranza che, seguendo questo metodo, in futuro, noi, i nostri figli, i nostri nipoti non vedremo più le scene cui abbiamo assistito due anni fa. In fondo, come si notava acutamente a commento di questo periodo, nell'ordinario, quando non ci sono emergenze, nel nostro Paese si è abituati a organizzarsi e a superare con creatività le difficoltà. Quando, però, arriva la crisi la differenza la fa non soltanto il cuore delle persone, aspetto per il quale l'Italia, fieramente, ha dato e dà grandi esempi. Ma lo fa anche l'organizzazione di un Paese. E per essa è fondamentale rispettare il metodo sopra indicato: l'uomo prima di tutto.

---

<sup>20</sup> Al riguardo cfr. già T. HOBBS, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*, 1651, cap. 14: “*The motive, and end for which this renouncing, and transferring of Right is introduced, is nothing else but the security of a mans person, in his life, and in the means of so preserving life, as not to be weary of it*”; J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, 1690, Essay Two, §. 131: “*But though Men when they enter into Society, give up the Equality, Liberty, and Executive Power they had in the State of Nature, into the bands of the Society, to be so far disposed of by the Legislative, as the good of the Society shall require; yet it being only with an intention in every one the better to preserve himself his Liberty and Property*”.

<sup>21</sup> Al riguardo v. A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto*, cit.

<sup>22</sup> Cfr. al sul tema L. RICOLFI, *Aerazione a scuola, per battere il Covid la ricetta è semplice ma l'Italia si ostina a ignorarla*, in *Repubblica*, 19 febbraio 2022, disponibile su Internet.



L'istruttoria ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sull'obbligo vaccinale. Profili problematici e possibili sviluppi sistemici alla luce dell'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana

di Marco Armanno

SOMMARIO: 1. Perimetrazione di una vicenda ancora in via di definizione. – 2. L'ampiezza e la specificità dei quesiti istruttori: critiche e possibili chiavi di lettura. – 3. La proiezione degli effetti dell'istruttoria nell'eventuale giudizio di costituzionalità e la variabile "tempo" nelle decisioni fondate su dati tecnico-scientifici.

1. *Perimetrazione di una vicenda ancora in via di definizione*

Il mio intervento esamina alcuni effetti che l'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (per l'innanzi CGARS) – nel disporre accertamenti istruttori preliminari alla valutazione della non manifesta infondatezza delle questioni prospettate dagli appellanti – potrebbe produrre nell'eventuale giudizio di costituzionalità del c.d. obbligo vaccinale selettivo previsto dall'art. 4, c. 1 del D.L. n. 44 del 2021, convertito con modifiche dalla legge n. 76 del 2021.

È appena il caso di osservare che il quadro normativo preso in considerazione dal CGARS è recentemente mutato a esito dell'inserimento del comma 1 *bis* al sopracitato art. 4, introdotto – in sede di conversione del D.L. n. 172 del 2021 – dalla legge n. 3 del 21 gennaio 2022. Sulla scorta di tale nuova previsione, a far data dal 15 febbraio l'obbligo vaccinale è stato espressamente esteso anche per gli studenti tirocinanti, categoria che non era prevista fino a quella data.

La portata normativa di tale modifica, intervenuta *medio tempore*, pone non pochi dubbi in punto di rilevanza della questione (si veda a tal proposito l'intervento di G. Verde).

Quanto invece alla valutazione della non manifesta infondatezza, come detto, essa è subordinata alle risultanze dell'istruttoria disposta dal CGARS.

Dal punto di vista dello strumento scelto – pur in assenza di un espresso richiamo da parte del giudice che si riferisce genericamente a una "istruttoria" – si è in presenza di una verifica, prevista dal quarto comma dell'art. 63 del D.Lgs.vo n. 104 del 2010, (a norma del quale «Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica»), e disciplinata, quanto alle modalità di assunzione, dall'art. 66 del medesimo decreto legislativo.

Nel caso in specie colpisce l'ampiezza delle richieste istruttorie, dirette peraltro all'accertamento di dati molto specifici e in continuo mutamento.

Sono quattro le aree fondamentali individuate dal giudice, a propria volta precisate in alcuni quesiti di contenuto assai dettagliato.

In particolare, si chiede di accertare: le «modalità di valutazione di rischi e benefici operata, a livello generale, nel piano vaccinale e, a livello individuale, da parte del medico vaccinatore, anche sulla base dell'anamnesi pre-vaccinale; se vengano consigliati all'utenza test pre-vaccinali, anche di carattere genetico (considerato che il corredo genetico individuale può influire sulla risposta immunitaria indotta dalla somministrazione del vaccino); chiarimenti sugli studi ed evidenze scientifiche (anche eventualmente emerse nel corso della campagna vaccinale) sulla base dei quali venga disposta la vaccinazione a soggetti già contagiati dal virus».

Con riguardo a tale primo ambito di svolgimento dell'istruttoria si richiede di chiarire se ai medici di base siano state fornite direttive prescrivendo loro di contattare i propri assistiti ai quali, eventualmente, suggerire test pre-vaccinali; le modalità in virtù delle quali venga data comunicazione al medico di base dell'avvenuta vaccinazione spontanea di un proprio assistito.

Ulteriore oggetto di analisi istruttoria riguarda il consenso informato.

Da qui la richiesta di chiarimenti circa la documentazione offerta alla consultazione dell'utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato, nonché circa il perdurante obbligo di sottoscrizione del consenso informato anche in situazione di obbligatorietà vaccinale.

Ancora, il terzo profilo oggetto di richiesta di chiarimenti riguarda «l'articolazione del sistema di monitoraggio, che dovrebbe consentire alle istituzioni sanitarie nazionali, in casi di pericolo per la salute pubblica a causa di effetti avversi, la sospensione dell'applicazione dell'obbligo vaccinale; chiarimenti sui dati relativi ai rischi ed eventi avversi raccolti nel corso dell'attuale campagna di somministrazione e sulla elaborazione statistica degli stessi (in particolare, quali criteri siano stati fissati, e ad opera di quali soggetti/istituzioni, per raccogliere i dati su efficacia dei vaccini ed eventi avversi; chiarimenti circa i criteri di raccolta ed elaborazione dei dati e la dimensione territoriale, se nazionale o sovranazionale; chi sono i soggetti ai quali confluiscono i dati e modalità di studio), e sui dati relativi alla efficacia dei vaccini in relazione alle nuove varianti del virus».

A tal fine è richiesta la trasmissione dei dati attualmente raccolti dall'amministrazione in ordine all'efficacia dei vaccini, in particolare sia di quelli del numero dei vaccinati che risultino essere stati egualmente contagiati dal virus (ceppo originario e/o varianti), sia del totale dei vaccinati con una due e tre dosi, nonché i dati sul numero di ricovero e decessi dei vaccinati contagiati; ed infine i dati di cui sopra comparati con quelli dei non vaccinati.

L'ultimo ambito oggetto della richiesta istruttoria riguarda «la sorveglianza post-vaccinale e sulle reazioni avverse ai vaccini, avuto riguardo alle due forme di sorveglianza attiva (con somministrazione di appositi questionari per valutare

il risultato della vaccinazione) e passiva (segnalazioni spontanee, ossia effettuate autonomamente dal medico che sospetti reazioni avverse)».

Con riferimento a tale oggetto, si chiede di conoscere se i medici di base siano tenuti a comunicare tutti gli eventi avversi (letali e non) e le patologie dai quali risultino colpiti i soggetti vaccinati, ed entro quale *range* temporale di osservazione, o se invece debbano comunicare solo eventi avversi espressamente elencati in direttive eventualmente trasmesse ai sanitari, o se addirittura sia affidato alla discrezione dei medici di base la scelta di comunicare eventi avversi che, a loro giudizio, possano essere ricollegabili alla vaccinazione. Si richiede, altresì, di specificare con quali modalità i medici di base accedano alla piattaforma per dette segnalazioni, chi prenda in carico dette segnalazioni, da chi vengano elaborate e studiate.

Si tratta dunque di una messe di richieste davvero specifiche che prevedono l'acquisizione di una quantità sterminata di dati, riguardando l'attività di informazione e monitoraggio effettuato sia dai soggetti vaccinatori che dai medici di base.

L'idoneità di tali richieste ai fini indicati dal giudice è stata fortemente messa in dubbio, dacché esse si porrebbero «da un lato, al di là dei poteri di sindacato proprio del giudice amministrativo, dall'altro riguardano informazioni la cui raccolta è già disciplinata da specifiche disposizioni dell'ordinamento, peraltro facilmente reperibili anche sui siti web» (testo provvisorio relazione di M. R. Spasiano).

Dunque una richiesta per un verso *ultra vires*, per un altro inutile, in quanto non diretta ad acquisire elementi di valutazione ulteriore rispetto a quelli disponibili.

Aggiungo che talune delle richieste riguardano accertamenti tecnicamente non realizzabili allo stato delle conoscenze scientifiche, o comunque non realizzati se non in misura assai limitata.

Tra questi, in particolare, penso al sequenziamento delle diverse varianti del virus e ai dati sul numero di decessi di soggetti che possano essere ricondotti al ceppo originario o alle varianti, in considerazione della frequente presenza di condizioni di comorbosità.

## 2. *L'ampiezza e la specificità dei quesiti istruttori: critiche e possibili chiavi di lettura*

A fronte di tale ampiezza, è stato osservato, non può escludersi la prospettiva di una declaratoria di inammissibilità, dal momento che l'estensione degli incumbenti istruttori mostrerebbe un approccio diretto non tanto a valutare gli elementi strettamente necessari per rimettere una questione di legittimità costituzionale, ma piuttosto a formulare valutazioni di carattere generale al fine di un

vero e proprio accertamento della incostituzionalità della norma oggetto della questione, e non della sola non manifesta infondatezza (vedi testi provvisori della relazione di M.R. Spasiano e dell'intervento di E. Cavasino).

Ciò potrebbe tradursi in un profilo di inammissibilità della questione “per discrezionalità del legislatore” e, quand'anche così non fosse, determinerebbe comunque un utilizzo improprio del vaglio di non manifesta infondatezza.

Il dubbio è supportato anche dal richiamo ad alcune indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale effettuato dagli autori appena citati (in particolare le sentt. n. 84 del 2016, 282 del 2002 e 338 del 2003).

Non deve tuttavia sottovalutarsi la particolarità della situazione, un'emergenza pandemica che costituisce un *novum* assoluto per il nostro ordinamento e che potrebbe incidere sugli stessi orientamenti della Corte costituzionale nella valutazione di tale possibile profilo di inammissibilità della questione.

Peraltro, nel caso in specie, ci troviamo in presenza di un obbligo posto in capo a determinati soggetti di accedere a un trattamento sanitario, e non già alla definizione dell'ambito di un diritto e, soprattutto, essa non riguarda il punto di sintesi tra determinati interessi definito dal legislatore, come era accaduto ad esempio nella vicenda che aveva condotto alla sent. n. 84 del 2016 della Corte costituzionale appena sopra richiamata, sulla sorte degli embrioni crioconservati. In tale pronuncia il giudice delle leggi, nel dichiarare la questione inammissibile, rilevava come la normativa impugnata costituisse frutto di «una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte», dato che «il differente bilanciamento dei valori in conflitto, che attraverso l'incidente di costituzionalità si vorrebbe sovrapporre a quello presidiato dalla normativa scrutinata, non potrebbe, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di molteplici opzioni intermedie, che resterebbero, anch'esse, inevitabilmente riservate al legislatore»<sup>1</sup>.

Nel caso affrontato dal CGARS, di contro, la questione appare problematica già nella stessa acquisizione dei dati fattuali e scientifici sulla scorta dei quali il legislatore ha imposto l'obbligo vaccinale selettivo.

Non può nemmeno trascurarsi un altro dato che potrebbe in qualche modo spiegare, se non giustificare, una richiesta così minuta di dati, sulla base dei quali valutare la non manifesta infondatezza della questione.

Quello cioè di ritagliarsi uno spazio di vaglio autonomo, per poter prospettare dubbi di legittimità costituzionale, discostandosi così dal precedente, assai ravvicinato della sentenza n. 7045 del 2021 del Consiglio di Stato.

In tale pronuncia, ampiamente motivata – e confermata anche recentemente dallo stesso Consiglio di Stato (Sez. III, ord. n. 583 del 4 febbraio 2022) – i giudici di Palazzo Spada hanno esaminato, e ritenuto manifestamente infondate, ben

---

<sup>1</sup> Corte cost., sent. n. 84 del 2016, punto 11 del *Considerato in diritto*.

dieci questioni di legittimità costituzionale proposte, pressoché corrispondenti a quelle sollevate innanzi al giudice siciliano.

E, non per caso, quest'ultimo, dopo avere richiamato in senso adesivo alcuni passaggi della 7045/2021 opera un *distinguishing*, al fine di far breccia in quella che appariva una posizione di granitica chiusura nei confronti di una prospettazione di illegittimità costituzionale della disciplina relativa al c.d. vaccino obbligatorio selettivo<sup>2</sup>.

Esso sembra fondarsi essenzialmente su due elementi che il CGARS reputa fondamentali, alla luce della giurisprudenza costituzionale, per accertare la non manifesta infondatezza delle questioni prospettate: la sussistenza di informazioni complete, corrette e facilmente accessibili, e la circostanza che la sperimentazione, la raccolta e la valutazione dei dati (il più possibile ampi e completi) avvengano (o siano almeno validati) da parte di organismi indipendenti, per evitare possibili situazioni di conflitti di interesse (in tema, il giudice rinvia a Cons. St., V, 2 aprile 2021, n. 274)<sup>3</sup>.

In assenza di dati che dimostrino la soddisfazione di tali due condizioni, il giudice ritiene di non potere pronunciarsi sulla non manifesta infondatezza delle questioni prospettate.

Affidare l'ultima parola alla valutazione delle risultanze istruttorie prescritte – che prevede un successivo confronto in udienza, per la richiesta di eventuali chiarimenti e, non è da escludersi, il possibile svolgimento di ulteriori attività istruttorie dirette a integrare le prime – diventa in questo modo lo strumento mediante il quale provare a frapporre uno spazio rispetto all' "ingombrante" precedente del Consiglio di Stato.

Appare in questo senso assai significativo il passaggio dell'ordinanza che fa da *trait d'union* tra la ricostruzione dei precedenti, contrari a riconoscere un qualche possibile fondamento alle censure di illegittimità costituzionale prospettate, e le argomentazioni che inducono il giudice a ritenere la causa «non sufficientemente istruita» per una valutazione adeguata della non manifesta infondatezza della questione: «Il contenzioso qui in esame solleva anche problemi diversi ed ulteriori rispetto a quelli esaminati dalla richiamata decisione della III sezione del Consiglio di Stato, con specifico riferimento alla contestata validità e sufficienza del sistema di farmacovigilanza nonché alla compatibilità della normativa che introduce l'obbligo vaccinale con il diritto eurounitario, con riferimento, tra gli altri profili, a quello del consenso informato»<sup>4</sup>.

Dunque il CGARS evita di contrapporsi frontalmente alla decisione del Consiglio di Stato, lasciando intendere che quanto richiesto sia in parte diverso,

---

<sup>2</sup> Nella relazione di A. MANGIA tale operazione di *distinguishing* è definita intelligente e garbata, ponendosi l'accento sulla debolezza di alcuni degli argomenti utilizzati dal Consiglio di Stato.

<sup>3</sup> Punto 9.3.

<sup>4</sup> Punto 8.2.

e che anche alcune delle condizioni fattuali siano mutate; cosicché alcune delle premesse poste a fondamento della manifesta infondatezza potrebbero essere riconsiderate sulla base degli accertamenti richiesti.

In realtà, come dimostra il riferimento ai quattro ambiti di accertamento richiesti dall'istruttoria, sembra che essa copra un'area più ampia di quella definita dai «problemi diversi ed ulteriori» rispetto a quelli affrontati nel precedente del Consiglio di Stato. Ed infatti, all'organo incaricato dell'istruttoria non è chiesto solo di fornire chiarimenti in merito alla farmacovigilanza e al consenso informato; sicché, v'è da dedurre, l'esigenza di tali accertamenti sarebbe sussistita anche in assenza della prospettazione di «problemi diversi ed ulteriori».

Ciò vale certamente per quanto costituisce oggetto del primo ambito di richiesta dell'istruttoria: quello relativo alle modalità di valutazione dei rischi e dei benefici della vaccinazione.

### 3. *La proiezione degli effetti dell'istruttoria nell'eventuale giudizio di costituzionalità e la variabile "tempo" nelle decisioni fondate su dati tecnico-scientifici*

Alla luce delle brevi considerazioni svolte, provo a indicare quelli che mi sembrano gli interrogativi principali che attendono una risposta dagli sviluppi della vicenda in oggetto.

Il primo è se l'utilizzo così ampio e incisivo di strumenti istruttori possa considerarsi legato alla specificità del caso, o se invece sia ipotizzabile una tendenza "sistemica" ad un ampliamento nel loro utilizzo da parte del giudice amministrativo, a fronte di valutazioni fondate su dati scientifici incerti e in continuo divenire.

Rispetto a tale primo profilo problematico resterebbe da comprendere se tale dinamica sia destinata a manifestarsi analogamente in sede di sindacato di legittimità di un atto, e al fine di valutare la non manifesta infondatezza di eventuali questioni di legittimità costituzionale in quella sede prospettate. Perché, è chiaro, un conto è che oggetto della valutazione del giudice sia un atto amministrativo, altro se è una legge o meglio – secondo quanto previsto per l'accesso al controllo di costituzionalità in via incidentale – la sola non manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto quella legge.

Il secondo elemento problematico riguarda l'incidenza che le risultanze dell'istruttoria potrebbero avere sul successivo giudizio innanzi la Corte costituzionale.

Qui la questione diventa ancor più complessa, e si intreccia con il tema della natura stessa del processo costituzionale come tale, e nei rapporti che lo legano, nel caso dell'accesso in via incidentale, al giudizio *a quo*.

Tema così vasto da non potere neppure essere accennato in questa sede, se non limitandosi alla considerazione che, nella vicenda in esame, è proprio l'ulti-

mo profilo indicato ad essere chiamato in causa: la Corte, invero, ove ritenesse superati i possibili profili di inammissibilità sopra accennati, sarebbe chiamata a risolvere una questione nella quale non potrà non assumere un rilievo essenziale l'esito dell'istruttoria svolta di fronte al giudice *a quo*.

E, se è vero che, soprattutto alla luce delle recenti modifiche che la Corte stessa ha apportato alle *Norme Integrative* (su cui subito *infra*), il giudizio incidentale tende a diventare sempre più un giudizio di parti, aperto a contributi esterni<sup>5</sup>, tale dinamica si mostra particolarmente significativa in casi come quello in oggetto, in cui l'apprezzamento della "situazione normativa" è specialmente connotata da elementi tecnici e scientifici<sup>6</sup>.

Tale dinamica refluisce a propria volta sul giudizio *a quo* nel quale il giudice, in questo caso amministrativo, può essere chiamato a utilizzare la propria attività istruttoria anche ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza di questioni di legittimità costituzionale di leggi che è chiamato ad applicare per dare soluzione del caso innanzi a lui pendente.

Esattamente come avviene nel caso in esame.

La pandemia ha attivato e accelerato una serie di dinamiche conflittuali aventi ad oggetto atti adottati sulla scorta di dati di natura tecnico scientifica, e che dai giudici ordinari ed amministrativi sono destinate, probabilmente per molto tempo, a giungere all'attenzione della Corte costituzionale.

Diventa allora ineludibile domandarsi come l'utilizzo di tali strumenti istruttori possa funzionare sulla base di regole certe e predefinite e come tali controllabili; se tali condizioni potranno essere garantite in modo uguale, o almeno tendenzialmente omogeneo di fronte al giudice amministrativo (o ordinario) e a quello costituzionale.

Ciò tanto per l'individuazione dei soggetti ai quali rivolgere i quesiti istruttori – nel caso in specie «un collegio composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il Ministero della salute e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria, con facoltà di delega o di farsi coadiuvare per la raccolta dei dati» – quanto per la definizione dell'ambito di estensione e di approfondimento degli accertamenti richiesti. E con la contestuale esigenza di tenere conto della necessità di salvaguardare la sfera che ricade nel libero convincimento del giudice e il suo ruolo di *peritus peritorum*.

Quanto alla Corte costituzionale – accanto alla previsione assai generica in materia istruttoria contenuta nell'art. 13 della legge n. 87 del 1953 e a quelle di

---

<sup>5</sup> Si veda a tal proposito M. D'AMICO, *Amici curiae*, in *Quest. Giust.*, 4/2020 e *ivi* gli ampi riferimenti bibliografici.

<sup>6</sup> L'individuazione "situazione normativa" quale vero oggetto del giudizio di legittimità costituzionale è in modo particolare sostenuta da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, spec. 105 ss.

cui agli artt.14-16 delle *Norme Integrative* (nella rinumerazione approvata il 7 luglio 2021, in G.U n. 262 del 3.11.2021) riferite al giudizio in via incidentale, possono assumere un qual certo rilievo alcune delle modifiche approvate con precedente delibera della Corte stessa dell'8 gennaio 2020.

Di certo quella relativa all'audizione di esperti; e forse anche quella che prevede la figura degli *amici curiae*, rispettivamente inserite dapprima come artt. 4-ter e 14-bis, e poi rinumerate come artt. 6 e 17 con la modifica del 2021.

I dati per procedere a una valutazione del possibile impatto rispetto alla vicenda specifica appaiono ancora piuttosto modesti.

Nel caso degli *amici curiae* l'impatto sulla decisione della Corte non è facilmente prevedibile.

A differenza degli interventi di terzi «titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio (di cui al nuovo art. 4, c.3 delle N.I.), gli *amici curiae* «non assumono qualità di parti nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza». La loro ammissione è subordinata a un decreto del Presidente, adottato «sentito il giudice relatore», limitatamente alle «opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (art. 6, cc. 4 e 3 N.I.).

Discorso diverso per l'audizione di esperti<sup>7</sup>.

A norma dell'art. 17 N.I, «La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite che, con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti» (comma 1).

Inoltre, la Corte «può altresì disporre l'acquisizione da parte degli esperti ascoltati di documenti o di una relazione scritta, del cui deposito con modalità telematica viene data comunicazione alle parti costituite» (comma 3)<sup>8</sup>.

Dunque, come si comprende, uno strumento istruttorio piuttosto articolato, in una dimensione di contraddittorio effettivo e di confronto con gli esperti chiamati a pronunciarsi, che coinvolge le parti.

La motivazione di una eventuale decisione della Corte che si pronunciasse nel merito avrebbe un contenuto necessariamente legato alle risultanze dell'e-

---

<sup>7</sup>Sulla disciplina, così come risulta dalle modifiche introdotte nel 2020, si vedano A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2/2020, 13 ss. e S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 373 ss. nonché le relazioni e gli interventi del Seminario del Gruppo di Pisa, *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, Milano 12 novembre 2021, in Gruppo di Pisa – 12 novembre 2021 (Milano) – *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*.

<sup>8</sup> Si noti che il comma 3 è stato introdotto solo con la riforma delle *Norme Integrative* del 2021. L'art. 14 bis (oggi art. 17) aggiunto nel 2020 si componeva, infatti, solo di due commi.

ventuale istruttoria svolta nel giudizio principale, e di quelle che la stessa Corte dovesse decidere di disporre innanzi a sé, esattamente come potrebbe avvenire nel caso in questione.

Se così fosse la motivazione delle decisioni della Corte costituzionale si arricchirebbe di ulteriori elementi, in questo caso di natura tecnico scientifica, destinati a condizionarne la funzione essenziale di legittimazione delle scelte dalla stessa adottata.

Deve in ultimo rilevarsi come, a fronte di un'emergenza pandemica, lo stesso esito delle istruttorie disposte non possa che essere sensibilmente condizionato dal fattore tempo.

La rapidità di evoluzione della pandemia e degli strumenti tecnici e scientifici che cercano di arginarne gli effetti rischiano di rendere i tempi del processo inadeguati. Tanto più se, come nel caso in specie, si dovesse attivare un giudizio di legittimità costituzionale che proietterebbe la conclusione dell'intera vicenda processuale a quasi due anni dal suo esordio, che risale all'aprile 2021.

Un arco temporale all'interno del quale il fenomeno pandemico, la ricerca scientifica e dunque molti dei dati oggetto delle richieste istruttorie saranno radicalmente modificati.



## Alle origini dell'obbligo legislativo vaccinale nell'ordinamento giuridico italiano

di Gaetano Armao

1. All'inizio del '900 Federico Cammeo individuava il fondamento dell'intervento statale in campo sanitario, e quindi anche l'obbligatorietà del trattamento vaccinale, nell'esigenza di “*avere una popolazione sana e numerosa*”, poiché “*la sanità e il numero della popolazione è un presupposto necessario della potenza dello Stato*”<sup>1</sup>.

In quel contesto la tutela delle condizioni di salute della popolazione era quindi attività di pubblico interesse di polizia sanitaria avuto riguardo ai pericoli scaturenti dalla diffusione della malattie, soprattutto di tipo epidemico e quindi non in considerazione del diritto personale alla tutela della salute<sup>2</sup>.

L'avvento della Costituzione repubblicana, con l'introduzione dell'art. 32<sup>3</sup>, ha offerto all'intervento di sanità pubblica più importante per l'umanità: i trattamenti vaccinali obbligatori, un nuovo inquadramento<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> F. CAMMEO, *Principi generali, fonti ed organi dell'amministrazione sanitaria*, in *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, vol. IV, Parte II, Milano 1905, 213.

<sup>2</sup> N. AICARDI, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, I, Le funzioni di ordine. Le funzioni del benessere. Il lavoro e le professioni*, Milano, 2000, 382 e ss. e F. FONDERICO, *Igiene pubblica*, S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 711 ss.

<sup>3</sup> Sul quale si vedano nell'ampia dottrina L. CARLISSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L'ordinamento sanitario, I, L'amministrazione sanitaria*, Milano, 1967, 103 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.*, 1984, 22 ss.; M. LUCIANI, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 666 ss. e, più recentemente, R. FERRARA, *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 18 e ss., al quale si rinvia per ulteriori riferimenti in dottrina, l'A. rileva che “*non si può non ribadire che se, da un lato, l'art. 32 Cost. quasi introduce principi «rivoluzionari» ed «eversivi» [...], esso deve essere, dall'altro, opportunamente contestualizzato, e cioè apprezzato nella sua dimensione e collocazione storico-politica e valoriale. La norma rischia infatti di apparire tanto rilevante e straordinariamente innovativa quanto, peraltro, generale*”, G. CORSO, *Pubblico e privato nelle politiche sanitarie*, in *Nuove autonomie*, 2011, 17 ss. e, da ultimo, A. PAPA, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *federalismi.it*, 14 settembre 2018, oltre ai contributi al seminario.

<sup>4</sup> Sull'inquadramento costituzionale dell'obbligo vaccinale si vedano, da ultimo: R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione*

Sulla disposizione costituzionale si è poi innestata una copiosa giurisprudenza costituzionale<sup>5</sup> ed amministrativa<sup>6</sup>.

---

verde Covid-19), in *Questione giustizia*, 6 settembre 2021, 1 ss., A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 15 settembre 2021, con ampi riferimenti in dottrina. In senso critico A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, 432 ss.

Per una disamina di tipo comparato si vedano, tra gli altri, M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubb. comp. ed europeo*, 2/2017, 455 e ss.; CORTE COSTITUZIONALE, *La disciplina degli obblighi di vaccinazione*, a cura di P. Passaglia, Roma, 2017; G. CARBONI, *Il potere degli stati per la tutela della salute pubblica*, in *DPCE online*, 1-2021.

<sup>5</sup> Come ricorda la stessa ordinanza del giudice siciliano la norma costituzionale postula il necessario contemperamento del diritto alla salute della singola persona (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto delle altre persone e con l'interesse della collettività. In particolare secondo il Giudice delle leggi, impregiudicata restando la necessità che l'obbligo vaccinale sia imposto con legge, la norma che prescrive un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. Purché siano rispettate le seguenti condizioni: tutela e miglioramento dello stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; non nocività dello stato di salute del cittadino al quale viene somministrato salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili"; nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990). Come precisato dalla successiva sentenza della Corte 18 gennaio 2018 n. 5, il contemperamento dei molteplici principi affida poi alla discrezionalità del legislatore – che deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017) "e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante della Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)" – l'individuazione delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo lo stesso specificare la tecnica della raccomandazione o dell'obbligo adeguando le misure, anche sanzionatorie, con l'obiettivo di garantire l'effettività compulsoria.

Da ultimo, il Giudice delle leggi, con la sentenza 23 giugno 2020 n.118, ha offerto ulteriori contributi a scolgere, sulla scorta degli artt. 2, 3 e 32 Cost., il fondamento del diritto all'indennizzo conseguente al trattamento vaccinale che "non risiede quindi nel fatto che questi si sia sottoposto a un trattamento obbligatorio: riposa, piuttosto, sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale" di guisa che "la previsione dell'indennizzo completa il "patto di solidarietà" tra individuo e collettività in tema di tutela della salute e rende più serio e affidabile ogni programma sanitario volto alla diffusione dei trattamenti vaccinali, al fine della più ampia copertura della popolazione".

<sup>6</sup> Da ultimo si veda la pronuncia, ampiamente richiamata nell'ordinanza in esame, del Consiglio di Stato, III, 20 ottobre 2021, n. 7045, nel solco della sentenza, anche l'ordinanza della medesima sezione del Consiglio di Stato, 4 febbraio 2022 n. 583, per la quale "anche alla luce dell'evoluzione della ricerca scientifica, non si ravvisano ragioni per rimeditare – come invece richiesto da parte appellante – i principi espressi nella citata sentenza n. 7045/2021 resa da questa Sezione e ciò in quanto le misure contestate da parte appellante si inseriscono nel quadro di una strategia generale di contrasto alla pandemia e non risultano essere

Giova ricordare che la Costituzione è ispirata al principio fondamentale della libertà ed a quello dell'eguaglianza, i quali lungi dal costituire un'endiadi si pongono in termini di relazione biunivoca. Come efficacemente affermato in dottrina infatti: “*si è liberi perché si è uguali, si è uguali perché si è liberi*”, ciò in quanto la Carta fondamentale ha realizzato il superamento del liberalismo elitario del XIX secolo e, ad un tempo, del collettivismo liberticida del regime sovietico, rigettando ogni forma di organicismo, sia che si presenti come restaurazione del passato, sia che aspiri a fornire la base teorica di uno statalismo oppressivo vestito di panni “*rivoluzionari*”, in guisa da respingere le forme dittatoriali del fascismo e del comunismo staliniano.

Ne discende che la conseguenza “*logica e assiologica di questa impostazione di fondo è la priorità etica e giuridica della persona rispetto allo Stato. In nessun caso e in nessun modo può essere sostenuto o avallato l'assorbimento della prima nel secondo. La persona non può essere funzionalizzata ad alcuna finalità collettiva, ma solo tenuta alla solidarietà verso gli altri, intesi, a loro volta, come persone o gruppi sociali*”<sup>7</sup>.

Nel caso della vaccinazione obbligatoria il diritto alla libera autodeterminazione sanitaria va compendiato con quello della salute pubblica e dal principio di solidarietà verso i soggetti più fragili, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.). Appare, infatti, ormai consolidato il principio alla stregua del quale la vaccinazione obbligatoria debba essere diretta: “*non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale*”<sup>8</sup>.

La questione esaminata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (ord. 12 gennaio 2022, n. 38)<sup>9</sup> attiene alla vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 conv. con mod. in l. n. 76 del

---

*sproporzionate né discriminatorie, né lesive dei diritti fondamentali dei destinatari. Deve in questa sede ribadirsi che il diritto all'autodeterminazione di quanti abbiano deciso di non vaccinarsi è da ritenersi recessivo rispetto alla tutela di beni supremi quale è la salute pubblica, specie in considerazione del fatto che il provvedimento di sospensione, ove adottato, non ha funzione sanzionatoria e non pregiudica in alcun modo il rapporto di lavoro”.*

In senso analogo il decreto presidenziale della stessa sezione del 28 gennaio 2022 n. 416 con riguardo all'obbligo vaccinale, introdotto a decorrere dal 15 dicembre 2021, per il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e la previsione alla cui inosservanza consegue l'immediata sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa.

<sup>7</sup> Così G. SILVESTRI, *Introduzione*, a M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), “*Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*”, Università degli studi di Milano, 15 dicembre 2021, *Rivista Gruppo di Pisa*, 2022-1, Quad. n.4, 3.

<sup>8</sup> Corte Cost. 307 del 1990 la si veda in *Il Foro Italiano*, Vol. 113, Parte I, 1990, 2693 e ss. con note di A. PRINCIGALLI, G. PONZANELLI, *Lesione da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo*.

<sup>9</sup> Una disamina critica a prima lettura dell'ordinanza si rinviene in B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?*, in *Ceridap.eu*, 8 febbraio 2022.

2021 per il personale medico, espressione del bilanciamento tra i valori dell'autodeterminazione individuale e della tutela della salute pubblica<sup>10</sup>, involgendo lo stesso rapporto tra la scienza e il diritto, e nel caso di specie all'estensione ad uno studente tirocinante all'interno delle strutture sanitarie del corso di laurea d'Infermieristica presso l'Università di Palermo non vaccinato contro il virus *Sars-CoV-2*<sup>11</sup>.

Il Giudice di appello ha ritenuto essenziale, ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza della prospettata questione di costituzionalità, disporre incumbenti istruttori al fine di verificare se il cittadino possa ricevere “*informazioni complete e corrette che siano facilmente e liberamente accessibili, e per altro verso che la sperimentazione, la raccolta e la valutazione dei dati (il più possibile ampi e completi) avvengano (o siano almeno validati) da parte di organismi indipendenti, in quanto l'affidamento della raccolta dei dati al produttore del vaccino presenta profili di evidente criticità (in tema di situazioni di conflitto di interessi in relazione ad attività svolta in favore di case farmaceutiche produttrici di vaccini)*”.

L'ordinanza del CGA si incentra quindi proprio sull'obbligo vaccinale<sup>12</sup> e pur ancorando la propria disamina della questione sottoposta al suo giudizio agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, non esita a prospettare la necessità di verificare se l'obbligo vaccinale possa soddisfare i criteri elaborati da quest'ultima in materia di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria dei cittadini<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> L'art. 4, del d.l. n. 44 del 2021, conv. con mod. in l. n. 76 del 2021, al primo comma, dispone, in considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da *SARS-CoV-2*, che fino alla completa attuazione del piano di cui all'art. 1, comma 457, della l. n. 178 del 2020 – e, cioè, il Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, finalizzato a garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale – e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, “*al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza*”, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 43 del 2006, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da *SARS-CoV-2*. Tale forma di trattamento vaccinale, giusta il citato primo comma, costituisce espressamente “*requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati*” ed è somministrato nel rispetto delle indicazioni fornite dalle Regioni, dalle Province Autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano.

<sup>11</sup> Giova ricordare che nella questione prospettata dal ricorrente egli ha sostenuto di non poter aver somministrato il vaccino per la natura sperimentale del siero e perché in passato avrebbe contratto il virus *Sars-CoV-2*, da ciò la conclusione che egli avrebbe conseguito l'immunità naturale perenne avendo goduto di memoria anticorpale e sottolineando, altresì, che la prescritta inoculazione avrebbe recato il rischio di decesso per *Antibody Dependent Enhancement*.

<sup>12</sup> Sulla cui evoluzione di recente v. N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, in *Riv. It. Med. Legale*, 1, 1 febbraio 2018, 237 e ss. e M. DE PASCALIS, *Panoramica in tema di obbligo vaccinale: dalla inderogabile solidarietà alla tutela necessaria*, in *Camminodiritto.it*, 8 giugno 2019.

<sup>13</sup> In altre parole la questione della legittimità degli obblighi vaccinali e dei limiti costituzionali

2. È noto che la pandemia da Covid abbia inciso sulle relazioni tra Istituzioni e cittadini, introducendo diffuse misure vincolanti ed obblighi ai quali la società italiana era disabituata ed ha visto la recrudescenza del fenomeno della c.d. esitazione vaccinale (*vaccine hesitancy*)<sup>14</sup>. E l'ordinanza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana che ha ispirato il seminario di oggi offre spunti di notevole rilievo sul piano costituzionale ed amministrativo, ancorché non costituisca, per la natura cautelare, un inequivocabile arresto giurisprudenziale.

I contributi degli studiosi intervenuti hanno ampiamente esaminato in termini approfonditi i diversi profili della fattispecie e delle questioni prospettate dall'ordinanza nel prisma dell'esigenza di bilanciamento tra il diritto di libertà e la tutela della salute e la sicurezza della collettività.

Un bilanciamento mutevole, complesso, poliedrico del quale la pronuncia del CGA ha avuto il coraggio di farsi carico offrendo una prospettazione interpretativa volutamente ancorata, in assenza di puntuali riferimenti normativi relativi alla fattispecie sottoposta a giudizio, ai principi generali.

In tale contesto sembra utile richiamare la radice storica del controverso istituto dell'obbligo legislativo del trattamento vaccinale, tornato di estrema attualità a seguito della pandemia e che è oggetto dell'ordinanza di cui si dibatte nel seminario.

3. L'epidemia colerica del 1884-85, che colpì in particolare le Città di Napoli (la più popolosa d'Italia, al tempo, ma con punte elevate anche a Genova e Cuneo) aveva destato preoccupazioni nell'opinione pubblica per la diffusività del virus, proprio mentre Robert Koch scopriva il vibrione della malattia. Il contrasto all'epidemia fu realizzato attraverso le tradizionali misure di profilassi sanitaria (cordoni sanitari e quarantene), ma si iniziò a guardare allo sviluppo scientifico dell'igiene pubblica considerata quale elemento imprescindibile per bloccare la diffusione morbo<sup>15</sup>.

---

alla imposizione di tale obbligo viene declinata sotto il profilo della non nocività dell'inoculazione per il singolo e beneficio per la salute pubblica, ed in particolare che venga garantita “*la comunicazione alla persona che vi è assoggettata ... di adeguate notizie circa i rischi di lesione*” e che la discrezionalità del legislatore sia esercitata alla luce “*delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica*”. E ancora che sia stata seguita la “*raccomandazione*” della Corte (decisione n.258/1994) secondo la quale, ferma la obbligatorietà generalizzata delle vaccinazioni ritenute necessarie, il legislatore dovrebbe individuare specifici e puntuali “*accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze*”.

<sup>14</sup> M. GOLDENBERG, *Vaccine Hesitancy: Public Trust, Expertise, and the War on Science*, Pittsburgh, 2021

<sup>15</sup> In merito si veda per tutti L. FORTI MESSINA, *L'Italia dell'Ottocento di fronte al colera*, in F. Della Peruta (a cura di), *Storia d'Italia, Malattia e medicina*, Annali VII,, Torino 1984, 431 ss., la quale ricorda che a Napoli fino al 1884 sarebbero stati presenti solamente due acquedotti, antichi e di portata insufficiente per una città così popolosa, pericolosi per costruzione e manutenzioni che

Giova ricordare che la legislazione sanitaria dello Stato unitario trovava un primo riferimento nell'Allegato C della legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia del 20 marzo 1865, n. 2248 che attribuiva la tutela della salute pubblica al ministro dell'Interno ed, a livello periferico, ai prefetti, ai sottoprefetti ed ai sindaci ed istituiva il Consiglio superiore di sanità ed i Consigli sanitari provinciali e circondariali<sup>16</sup>.

La legge 20 marzo 1865, n. 2248, se introduceva le prime disposizioni relative al settore della sanità pubblica<sup>17</sup> nulla diceva sull'obbligo vaccinale. Con riguardo alle situazioni epidemiche il Regolamento per l'esecuzione della legge, approvato con Regio decreto 8 giugno 1865, n. 2322, si limitava a prescrivere in termini del tutto generici, all'art. 82, che: *“manifestandosi in qualche comune una malattia di natura evidentemente pericolosa e diffusiva, o da potersi sospettare per tale, gli esercenti l'arte salutare che avranno avuto occasione di osservarla ne daranno tosto avviso al Sindaco, il quale convocherà immediatamente la Commissione municipale di sanità. La Commissione municipale di sanità, uditi gli esercenti, dichiarerà se, a parer suo, la malattia denunziata abbia carattere veramente epidemico, o debba dirsi solamente sospetta, suggerendo al tempo stesso i provvedimenti che stimerà necessari ad arrestarne la propagazione”*.

Nessun riferimento esplicito è quindi dato rinvenire nei testi normativi anteriori alla riforma del 1888 alla vaccinazione né, tanto meno, alla sua eventuale introduzione obbligatoria.

Le disposizioni dell'Allegato C e delle sue successive integrazioni regolamentari rimasero in vigore sino alla pubblicazione della legge 22 dicembre 1888, n. 5849, legge sulla tutela della igiene e della sanità pubblica, che estendeva la sfera di competenza della *“polizia sanitaria”*, disciplinando in termini più puntuali la materia igienico-sanitaria e del regolamento attuativo r.d. 9 ottobre 1889, n. 6442<sup>18</sup>.

Già la legge speciale per il risanamento di Napoli (l. 15 gennaio 1885, n. 2892 *“Per il risanamento della città di Napoli?”*) nel presupposto che tra le cause dell'epidemia vi fosse l'affollamento abitativo e le pessime condizioni igieniche sanitarie, prevedeva la bonifica di interi quartieri, portava ad una svolta assumendo il principio che lo Stato avrebbe dovuto farsi carico dei problemi di una

---

non assicuravano la sanità dell'acqua che vi scorreva; inoltre, anche le fognature erano insufficienti e mal funzionanti (451).

<sup>16</sup> L. ARRU, *L'organizzazione sanitaria sul piano centrale*, in R. Alessi (a cura di), *L'ordinamento sanitario. L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967 (Isap, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione), 37 e ss.

<sup>17</sup> Sulla disciplina del 1865: F. DELLA PERUTA, *Sanità pubblica e legislazione sanitaria dall'Unità a Crispi*, in *Studi storici*, n. 4, 1980, 713 e ss. P. CALANDRA, *L'igiene e la sanità*, in S. Cassese (a cura di), *L'amministrazione centrale*, Torino, 1984, 126 e ss.

<sup>18</sup> Modificato dapprima con il r.d. 3 febbraio 1901, n. 45, e poi col Testo unico delle leggi sanitarie varato con l. 57 del 25 febbraio 1904, approvato con R.D. 1 agosto 1907, n. 636, una delle principali riforme del Governo Giolitti di inizio secolo.

città o di un'area geografica nel presupposto che di fronte a gravi ed eccezionali condizioni si possono travalicare i limiti dell'ordinaria amministrazione<sup>19</sup>.

Il Governo Depretis intraprese così la strada dello sventramento delle aree cittadine più degradate che sarebbero state così bonificate con procedure speciali, su iniziativa del Comune e ed approvazione del Governo e ricorrendo alla costituzione di una società strumentale (*"Società pel Risanamento di Napoli"*)<sup>20</sup>.

D'altra parte malattie virali come vaiolo<sup>21</sup>, malaria<sup>22</sup>, tubercolosi<sup>23</sup> colpivano la popolazione soprattutto negli strati più umili e tentativi quali progetto di *"Codice per la pubblica igiene"* elaborato nel 1885 da Agostino Bertani, parlamentare della sinistra deceduto l'anno successivo, non giunsero all'approvazione. In particolare tale progetto fortemente innovatore in quanto basato su una struttura organizzativa tecnico-sanitaria affrancata dall'autorità amministrativa (prefetto e sindaco), sebbene di notevole interesse, apparve come non acconcio rispetto all'organizzazione ancora incompleta dello Stato liberale<sup>24</sup>.

Con un'azione repentina Crispi (tornato al ministero degli Interni il 4 apr. 1887) dapprima con r.d. 22 giugno 1887 prepose alla direzione dell'*Ufficio speciale di polizia sanitaria* Luigi Pagliani. Giusta il r.d. 3 luglio 1887 lo trasformò quindi in *Direzione di sanità pubblica* e con il r.d. 14 luglio 1887 istituì alle dipendenze della direzione un ufficio di ingegneri sanitari incaricati di svolgere servizi ordinari e ispezioni nei comuni malsani. Con il decreto 31 luglio 1887 furono poi definiti l'ordinamento e le attribuzioni della neo istituita Direzione<sup>25</sup>, mentre con il r.d.

<sup>19</sup> CAMERA DEI DEPUTATI, Legislatura XV – Sessione 1882-’86, *Raccolta degli atti stampati per ordine della Camera*, vol. XXII, n. 261-A, 2-3.

<sup>20</sup> Sulla quale v. per tutti V. MAZZARELLI, *L'urbanistica e la pianificazione territoriale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, II ed., 3375.

<sup>21</sup> U. TUCCI, *Il vaiolo, tra epidemia e prevenzione*, in F. Della Peruta (a cura di), *Storia d'Italia*, cit., 391 e ss.

<sup>22</sup> Sulla quale si v. P. CORTI, *Per una storia sociale del Mezzogiorno d'Italia: la malaria*, in M.L. Betri, A. Gigli Marchetti (a cura di), *Salute e classi lavoratrici in Italia dall'Unità al fascismo*, Milano, 1982, 255 e ss.

<sup>23</sup> C. BORRO-SAPORITI, *L'endemia tubercolare nel secolo XIX ipotesi per ripensare un mito*, in F. Della Peruta (a cura di), *Storia d'Italia*, cit., 844 e ss.

<sup>24</sup> E. GIANNICO, *Amministrazione sanitaria: storia* (ad vocem), in M.S. Giannini, G. De Cesare (a cura di), *Dizionario di Diritto sanitario*, Milano, 1984, 77 e F. SAITTA, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in *Munus*, n. 2, 2015, 360.

<sup>25</sup> La direzione, giusta il R.d. 3 luglio 1887, n. 4707 ed il R.d. 31 luglio 1887, si affiancava alla Direzione generale delle Carceri a quella dell'Amministrazione civile ed a quella della Pubblica sicurezza. Intervenedo alla Camera sulla complessa struttura del Ministero lo statista siciliano affermava *"Il Ministero dell'interno se si volesse paragonarlo alle amministrazioni inglesi, potremmo dire senza fallo che racchiude la materia di tre o quattro di quelle amministrazioni. In Inghilterra non solamente il ministro ha il sottosegretario di Stato parlamentare, ma ha pure il sottosegretario di Stato amministrativo, il quale conserva la direzione tecnica del dicastero. Ora tre direzioni generali con materie tutte e tre diverse e indipendenti non sono soverchie, sono anzi necessarie. In effetti, signori, la Direzione generale delle Carceri, chi potrà dirmi che non deve essere retta da un solo funzionario pubblico? La Direzione generale della sicurezza pubblica potete voi farla*

27 novembre 1887 si completò l'ordinamento dell'amministrazione centrale con l'istituzione di due laboratori di chimica e di batteriologia e micrografia. Muoveva così i primi passi la struttura caratterizzata da una forte presenza di personale tecnico che ribaltava nettamente la situazione precedente, che sarebbe divenuta il primo nucleo dell'organizzazione sanitaria italiana<sup>26</sup>.

L'epidemia colerica aveva ripreso vigore (come ricordato a Napoli, ma anche nella Sicilia orientale e nell'agrigentino) ed il neo inquilino di Palazzo Brasci, che a causa del colera aveva perduto a Palermo la prima moglie e due figli, oltre ad esserne stato direttamente colpito in età giovanile, decise di fare della questione sanitaria uno dei temi principali su cui impegnare l'azione riformatrice che avrebbe qualificato l'esperienza di governo.

Non vanno dimenticate, tuttavia, anche le radici culturali giuridiche di Crispi ed in particolare quelle relative al diritto costituzionale siciliano. Ed infatti la Costituzione siciliana del 1812, in termini assolutamente innovativi per gli Stati pre-unitari e con chiaro riferimento alla pionieristica esperienza britannica<sup>27</sup>, al Capo XII prevedeva una forma prodromica di vincolo vaccinale, stabilendo che: "Ogni cittadino siciliano, che da oggi in avanti non avrà cura di vaccinare i figli, non potrà aver parte diretta o indiretta nella formazione della legge, né potrà essere ammesso ne' consigli civici. Ciò sarà rilevato dalla nota che si presenterà dal magistrato municipale"<sup>28</sup>. Egli si troverà ad affrontare da parlamentare nel 1848, a Palermo, la questione della reviviscenza di quella Costituzione o dell'opportunità di elaborarne un'altra, come poi avverrà, senza che, tuttavia, le previsioni in materia di vaccinazione trovino un puntuale riscontro<sup>29</sup>.

---

*dipendere da tre o quattro capi di divisione che non armonizzino tra loro, che non siano d'accordo nell'andamento dei pubblici servizi? Che cosa è la Direzione generale dell'Amministrazione civile? Dipendono da essa i comuni, le province, le Opere pie e un numero svariato di materie che si aggirano nell'orbita istessa e che hanno bisogno di una sola mente che le diriga e vi sovrintenda", in CAMERA DEI DEPUTATI, Legislatura XVI, Discussioni, 12 aprile 1888, richiamata da G. TOSATTI, *Crispi ministro dell'Interno*, in in A. G. Ricci, L. Montevicchi (a cura di), *Francesco Crispi. Costruire lo Stato per dare forma alla Nazione*, Roma, 2010, 255.*

<sup>26</sup> Sulle iniziative di Crispi in merito tra il 1887 ed il 1888 v. V. FARGION, *L'assistenza pubblica in Italia dall'Unità al fascismo: primi elementi per un'analisi strutturale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1983, 30, 2, 25 e ss. è, più recentemente, M. DI SIMONE, *Politiche sanitarie in Italia da Crispi a Giolitti: percorsi di ricerca nelle carte dell'Archivio centrale dello Stato*, in *SIDeS-Popolazione e Storia*, 1/2002, 143

<sup>27</sup> Come noto si deve ad un medico inglese, Edward Jenner, la scoperta del vaccino contro il vaiolo ed è probabilmente per tale circostanza che l'ordinamento del Regno Unito si è dotato di una sperimentazione prima è poi di una legislazione in materia già nel corso del XIX secolo, in merito si veda J. COGGON, K. SYRETT, A. M. VIENS, *Public Health Law*, London and New York, 2017, 37 ss.

<sup>28</sup> L'articolo subì poi il veto del Re Borbone esiliato in Sicilia prima che l'intero testo fosse promulgato nel 1812. Sulla Costituzione del 1812 si veda, da ultimo, D. NOVARESE, *La Costituzione siciliana del 1812: caratteristiche del testo e contenuti*, in M. D'Angelo, R. Lentini, M. Saija (a cura di), *Il «decennio inglese» 1806-1815 in Sicilia Bilancio storiografico e prospettive di ricerca*. Atti del Convegno internazionale di studi (Fondazione «Giuseppe Whitaker», Palermo, 14-15 dicembre 2018), Soveria Mannelli, 2019, 311 e ss., ed alla dottrina richiamata.

<sup>29</sup> Sul ruolo di Crispi nell'elaborazione della Costituzione del 1848 sia consentito rinviare al mio contributo *Crispi giurista*, in M. Saija (a cura di), *Francesco Crispi*, Soveria Mannelli, 2019, 57 e

Come ricordato lo statista siciliano affidò l'incarico della stesura di una nuova legislazione all'epidemiologo, professor Luigi Pagliani, illustre docente universitario torinese e tra i padri fondatori della disciplina medica dell'Igiene e della Sanità pubblica in Italia<sup>30</sup>, che con lo statista riberese condivideva l'appartenenza alla massoneria<sup>31</sup>.

Crispi aveva conosciuto Luigi Pagliani<sup>32</sup> in occasione dell'inchiesta epidemiologica per la comparsa del colera in Sicilia 1885 che gli era stata affidata da Depretis ed al termine della quale aveva puntualmente indicato le misure profilattiche necessarie per quella che avrebbe dovuto essere l'organizzazione della "difesa sanitaria" che oltre ad isolare immediatamente i primi contagiati sottolineava come necessario migliorare le condizioni igieniche dei centri abitati. Lo studioso dell'Università di Torino fu così chiamato a capo dell'Ufficio speciale di polizia sanitaria, con l'obiettivo di elaborare il progetto di riforma organica che superasse i vincoli dettati dall'episodicità degli interventi<sup>33</sup>.

ss. e, più in generale, al volume *Diritto e politica in Francesco Crispi*, in corso di pubblicazione, Soveria Mannelli, 2022.

<sup>30</sup> Così Pagliani stesso ricorda l'incontro con Crispi: "Stavo per chiudere l'ultima lezione del mio corso d'igiene a Torino nel 1887, quando mi si consegnò un laconico telegramma dell'allora Presidente del Consiglio dei Ministri, col quale mi invitava a recarmi da lui per conferire. Il colloquio con quell'eminente uomo d'azione, più che di parole, fu molto breve. Egli intendeva, come uno dei suoi primi e principali compiti, organizzare la difesa della salute pubblica in Italia. Mi avrebbe sostenuto in ogni difficoltà da superare, non dovendo dipendere in questa impresa da altri che da lui, come mi avrebbe lasciata ampia facoltà di agire secondo i miei criteri tecnici. La proposta era grave quanto lusinghiera, enorme la responsabilità da assumermi di fronte a quell'uomo, che in pochi minuti mi aveva completamente suggestionato, con quel suo alto e sereno spirito di amor di Patria, che riluceva vivido in ogni sua parola e quasi imperioso nel suo sguardo penetrante e pur mite di antico cospiratore", cfr. G. COSMACINI, *Storia della medicina del lavoro: Da Bernardino Ramazzini a Salvatore Maugeri*, Torino, 2021, 42.

<sup>31</sup> Pagliani che era affiliato alla loggia "Rienz?" di Roma, fu solo uno dei molti collaboratori dello statista riberese attivi tra le colonne dei templi. Fondata il 3 aprile 1881, la "Rienz?" fu uno dei pilastri portanti del patto non scritto tra le diverse (talora antagoniste) correnti della sinistra democratica e il governo nel superiore interesse dell'unità nazionale e della tenuta dello Stato contro i molteplici rischi di collasso in merito si veda A. MOLA, *Crispi massone. L'iniziazione di Francesco Crispi: alla massoneria o alla politica?*, in A. G. Ricci, L. Montevocchi (a cura di), *Francesco Crispi. Costruire lo Stato per dare forma alla Nazione*, cit., 95 e ss. e M. SAIJA, *Francesco Crispi e la massoneria*, in Id. (a cura di), *Francesco Crispi*, Soveria Mannelli, 2019, 227 e ss.

<sup>32</sup> Sulla figura del cattedratico igienista dell'Università di Torino si vedano A. APPARI, *Luigi Pagliani*, in AA.VV., *Cent'anni fa la Sanità. La legge Crispi-Pagliani del 1888*, Milano, 1988, 74-75; G. VICARELLI, *Alle radici della politica sanitaria in Italia. Società e salute da Crispi al fascismo*, Bologna, 1997, 70 e ss.; P. ZOCCHI, *Luigi Pagliani*, in *Dizionario Biografico degli Italiani Treccani*, vol. 80, 2014, in [https://www.treccani.it/enciclopedia/luigi-pagliani\\_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/luigi-pagliani_(Dizionario-Biografico)/).

Il Pagliani, nato in provincia di Cuneo nel 1847 e si era laureato in medicina all'Università di Torino nel 1870, alla scuola di Jacob Moleschott, ed a soli 30 anni aveva conseguito la cattedra d'Igiene, moderna disciplina indirizzata alla prevenzione e alla lotta contro l'insorgenza delle malattie e contro tutti i fattori ambientali nocivi per la salute, presso la stessa Università divenendo presto uno dei riferimenti scientifici nazionali e capo scuola.

<sup>33</sup> Come ricorda ancora G. TOSATTI, *Crispi ministro dell'Interno*, in A. G. Ricci, L. Montevocchi (a cura di), *Francesco Crispi. Costruire lo Stato per dare forma alla Nazione*, op. e loco cit., nella seduta del 20

L'avvento di Crispi alla guida del governo alla morte di Depretis, alla fine di luglio del 1887<sup>34</sup>, consentì di affrontare con attenzione specifica la nuova recrudescenza epidemica. Lo statista siciliano, invero, oltre alla carica di Presidente del Consiglio e di Ministro degli Esteri, mantenne quella di Ministero dell'Interno continuando quindi a seguire la politica sanitaria.

La materia sanitaria viene organizzata in forma piramidale creando figure nuove, come l'ufficiale sanitario comunale, e individuando una direzione generale di sanità affiancata da un organo consultivo come il Consiglio Superiore di sanità. Ma Crispi e Pagliani non si fermarono all'organizzazione sanitaria territoriale, si rendevano conto che fosse necessario preparare i medici sulla materia dell'igiene pubblica, da ciò l'istituzione della Scuola di perfezionamento in igiene pubblica<sup>35</sup>.

Definito l'ordito amministrativo come macchina efficiente per affrontare le emergenze sanitarie e, quindi, le epidemie, Crispi affrontò anche un tema con esso strettamente connesso, cioè il risanamento urbano, non è infatti un caso che, nel discorso alla Camera, egli potesse affermare che *"la maggior parte e più importante polizia sanitaria è l'edilizia"*<sup>36</sup>. Un disegno di vasto respiro che è la risposta di una politica riformatrice di fronte all'incessante succedersi di epidemie che ritenne non più sufficiente affidarsi a soluzioni-tampone e dalla quale scaturì la prima completa legge sanitaria italiana: l. 22 dicembre 1888, n. 5849 *"Sull'ordinamento dell'amministrazione e dell'assistenza sanitaria del Regno"*.

La riforma del 1888 contemplava l'organizzazione dei servizi sanitari e di tutto quanto poteva riguardare l'esercizio delle professioni sanitarie, la profilassi umana e zoottrica, l'igiene alimentare nonché quella del suolo e dell'abitato, la

---

maggio 1887 alla Camera, nel corso della discussione sul bilancio del Ministero, Crispi soffermandosi sul tema dell'igiene pubblica sottolineò la necessità di riordinare completamente tale servizio, costituito dall'Ufficio speciale di polizia sanitaria che, oltre a tutte le materie attribuite in precedenza al Ministero, *"attenderà anche alla parte più grave, ossia a quella che si riferisce al risanamento delle nostre città. È mio pensiero – precisò Crispi – che questo Ufficio di polizia sanitaria sia diretto da un valoroso igienista"*: cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, legislatura XVI, Discussioni, tornata del 20 maggio 1887, 2741.

<sup>34</sup> Va sottolineato che il parlamentare siciliano era tornato a rivestire la carica di nMinistro degli interni di quel governo appena quattro mesi prima, il 4 aprile 1887, all'esito della parentesi determinata dal processo per bigamia. Su Crispi alla guida del dicastero degli interni v., tra gli altri, R. ROMANELLI, *Francesco Crispi e la riforma dello Stato nella svolta del 1887*, in *Quaderni storici*, 1971, 763 e ss. e G. TOSATTI, *Storia del Ministero dell'interno dall'Unità alla regionalizzazione*, Bologna, 2009, 72 e ss.

<sup>35</sup> Pagliani per un decennio guidò la Direzione generale e si concentrò sull'istituzione della Scuola di igiene, nata dalla cooperazione della Direzione generale con l'Istituto di igiene sperimentale dell'Università di Roma, con l'obiettivo di formare nelle materie di igiene pubblica e ingegneria sanitaria i primi medici e veterinari da inviare nelle province, i primi architetti e ingegneri dotati delle competenze necessarie per costruire abitazioni in linea con le moderne tecniche costruttive, sulla quale v. ancora G. TOSATTI, *Crispi ministro dell'Interno*, cit., 257

<sup>36</sup> Sul dibattito parlamentare dal quale vide la luce la legge sanitaria del 1888 AA.VV., *Il dibattito parlamentare sulla legge Crispi del 1888* (con nota introduttiva di F. Fuschi), Milano, 1988.

sanità marittima e la polizia mortuaria ed introduceva obbligo di vaccinazione antivaiolesca per tutti i nuovi nati<sup>37</sup>, determinò il deciso superamento dell'approccio “*pan-amministrativo*” delle disposizioni normative del 1865 che attribuivano le competenze in materia sanitaria esclusivamente ai funzionari amministrativi (prefetti, sottoprefetti, sindaci, affiancati da organi consultivi), nonostante permangano inalterate l'ossatura amministrativa e le funzioni del sistema sanitario periferico introduce organi dotato di competenza tecnica, quali il medico provinciale (artt. 10-11), il veterinario provinciale (artt. 18-19) e l'ufficiale sanitario comunale (artt. 12- 13).

La normativa superava così l'approccio vetero-liberale legge del 1865, che aveva manifestato molti limiti e carenze a causa di un'eccessiva limitazione dell'intervento pubblico in ossequio ad una concezione della Destra storica chiaramente ispirata alla “Stato-minimo”<sup>38</sup>. Un legge, quella del 1888<sup>39</sup>, figlia del

---

<sup>37</sup> Dopo l'obbligo di trattamento vaccinale per il vaiolo introdotto dalla legge Crispi-Pagliani fu successivamente introdotta, entro i primi due anni di vita, quella antidifterica con la legge 6 giugno 1939, n. 891, nonché, poi, quelle per le vaccinazioni: antitetanica (l. 5 marzo 1963, n. 292); antipoliomielitica (l. 4 febbraio 1966, n. 51); antiepatite virale B (l. 27 maggio 1991, n. 165). Con il decreto del Presidente della Repubblica il 26 gennaio 1999 n. 355 è stata regolamentata e modificata la posizione dei bambini non vaccinati a scuola, infatti, il citato decreto, recante il “*Regolamento recante modificazioni al D.P.R. 22 dicembre 1967, n. 1518, in materia di certificazioni relative alle vaccinazioni obbligatorie*” sostituisce integralmente l'art. 47 del vecchio regolamento prevedendo in particolare che la mancata certificazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni obbligatorie previste per legge “...*non comporta il rifiuto di ammissione dell'alunno alla scuola dell'obbligo o agli esami.*”. Infine il d.l. 7 giugno 2017, n. 73, recante “*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*”, conv. con mod. dalla l. 31 luglio 2017, n. 119, ha stabilito le seguenti vaccinazioni obbligatorie per i minori di età compresa sino a sedici anni e per i minori stranieri non accompagnati: anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, anti-pertosse, anti-*Haemophilus influenzae* tipo b, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella.

Sul tema si veda l'intervista di G. PULETTI, S. CASSESE, *L'obbligo vaccinale è legittimo, lo dice la nostra Costituzione*, in *Il Dubbio*, 23 luglio 2021.

<sup>38</sup> Emblematico il discorso del Barone Ricasoli, Presidente del Consiglio nel 1866, il quale osservava che l'ingerenza del governo e delle autorità locali negli atti amministrativi sanitari doveva rispettare il più possibile la “*libertà privata*” e non ledere ed ostacolare “*il libero esercizio della proprietà e delle forze individuali*”, in *Annali di medicina pubblica*, Firenze, 30 nov.-10 dic. 1866, 172.

<sup>39</sup> L'approvazione della legge per la tutela dell'igiene e della sanità pubblica è stata giudicata spesso quale attestazione di una nuova attenzione, e di nuove preoccupazioni, sorte nei governi e nelle élites nazionali a fronte dell'emergere della questione sociale e della lenta trasformazione socio-economica dell'Italia liberale. Come noto la legge vide la luce dopo un lungo dibattito, e spesso descritta come l'esito di un'oculata revisione politica delle eccessive aperture sociali contenute nel progetto Bertani. La riforma della sanità costituiva un segmento del più vasto processo di rafforzamento dei poteri dello Stato nel campo della salute pubblica e privata, a sua volta collocato nel quadro della nascente legislazione sociale che in quegli anni andava compiendo i primi timidi passi con i provvedimenti inerenti il lavoro minorile, l'assicurazione volontaria contro gli infortuni e il riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso, in tal senso v. R. CEA, *Il governo della salute nell'Italia liberale. Stato, igiene e politiche sanitarie*, Milano, 2019, 83 e ss. Una legislazione ispirata

disegno politico-istituzionale di Crispi alla politica sanitaria fortemente accentratore e dirigistico, secondo una visione moderna dell'amministrazione dello Stato ottocentesco che accentrava in taluni settori, ma decentrava in altri versi le autonomie locali (il discentramento)<sup>40</sup>.

Non è questa la sede per una compiuta disamina dell'articolata ed innovativa normativa crispina<sup>41</sup>. Ma appare opportuno ricordare al riguardo che, al Capo II del Titolo IV, rubricato "*Misure contro la diffusione delle malattie infettive dell'uomo e degli animali*", era collocato l'art. 51 della normativa che introdusse il principio espresso in base al quale "*la vaccinazione è obbligatoria*", obbligo che sarebbe stato declinato in seguito in ordine alle modalità di applicazione "*da apposito regolamento approvato dal ministro dell'interno, sentito il parere del Consiglio superiore di sanità*"<sup>42</sup>.

Mentre l'art. 49 stabiliva che, nel caso di sviluppo di una malattia infettiva nel territorio nazionale il Ministro dell'interno: "*avrebbe potuto adottare ordinanze speciali per la visita e disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le precauzioni da adottarsi contro la diffusione della malattia stessa*", ordinanze che per garantirne la massima pubblicità avrebbero dovuto esser pubblicate nella *Gazzetta ufficiale*.

Sul piano sanzionatorio la successiva disposizione stabiliva che la violazione da parte di chiunque degli ordini pubblicati dall'autorità competente per impedire l'invasione, o la diffusione di una malattia infettiva, "*è punito con pena pecuniaria estensibile a lire 500 e col carcere da uno a sei mesi*".

---

a una visione «umanitario-filantropica» e mirante a proteggere i soli lavoratori delle grandi concentrazioni industriali così L. GAETA, *L'Italia e lo Stato sociale*, in G. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, 1996, 230.

<sup>40</sup> In merito sia consentito rinviare al mio lavoro Francesco Crispi, dal "discentramento amministrativo" alla proposta di istituzione delle circoscrizioni amministrative regionali, in *Scritti per Franco Gaetano Socca*, I, Napoli, 2021, 179 e ss.

<sup>41</sup> In merito si rinvia al volume curato da R. ALESSI, *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967 e ad F. DELLA PERUTA, *Per uno studio della malattia come ricerca di storia della società (1815-1914)*, in AA.VV., *Storia della sanità in Italia. Metodo e indicazioni di ricerca*, Roma, 1978, 25 e ss.; G. OGNIBENI, *Legislazione ed organizzazione sanitaria nella seconda metà dell'Ottocento*, in M. L. Betri, A. Gigli Marchetti (a cura di), *Salute e classi lavoratrici in Italia dall'Unità al Fascismo*, Milano, 1982, 583 e ss. nonché ai saggi contenuti nel numero monografico della rivista *Sanità, scienza e storia* pubblicato in occasione del centenario della riforma Crispi: A. SEPPILLI, *Il centenario della prima legge di sanità pubblica*, ivi, n. 1-2, 1988, 3 e ss.; A. APPARI, *Cento anni della legge sanitaria*, ivi, 9 e ss.; L. MANTEGNA, *La legge sanitaria del 1888: una soluzione di compromesso*, ivi, 157 e ss.; nonché T. DETTI, *Salute, società e Stato nell'Italia liberale*, Milano, 1993; G. VICARELLI, *Alle radici della politica sanitaria in Italia: società e salute da Crispi al fascismo*, Bologna, 1997.

Da ultimo si veda la Relazione di G. ASTUTO, *Crispi e il colera del 1887. Gli interventi speciali e la riforma sanitaria*, al Covengno organizzato dalla LUMSA il 18 giugno 2020 su "*Epidemie, istituzioni politiche e Governo dell'emergenza: epidemie endemiche e riassetto istituzionali*", in corso di pubblicazione, ma audible sul canale <https://www.youtube.com/user/lumsaorienta>.

<sup>42</sup> Occorre precisare, per completezza, che con la l. 21 dicembre 1899, n. 472 si introduceva nella legislazione del Regno una disciplina sulla fabbricazione e vendita di vaccini, virus, sieri curativi e prodotti affini.

La riforma se costituisce tornante decisivo nella storia delle istituzioni sanitarie nazionali<sup>43</sup> consente, per un verso, di superare, recependole in parte, le proposte del progetto Bertani, dall'altro consente di intraprendere un deciso percorso di accentramento, destinato a restare in vigore, in gran parte inalterato, per circa novant'anni<sup>44</sup>, ma soprattutto di riconoscere a livello legislativo l'obbligo vaccinale che trovò una prima applicazione nella lotta contro il vaiolo, malattia poi eradicata in Italia e nel mondo.

La normativa sanitaria crispina, prima di un più ampio novero di profonde riforme dell'ordinamento dello Stato liberale<sup>45</sup>, può offrire, in conclusione, un utile elemento di riflessione. Di fronte all'erompere di epidemie ed alla consapevolezza delle disfunzioni del sistema sanitario più che cercare rimedi tradizionali e soluzioni-tampone le Istituzioni seppero reagire con una tempestiva capacità di riforma del settore introducendo innovazioni tecniche e scientifiche<sup>46</sup>.

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, ed oltre le pur positive opportunità offerte dal *Piano nazionale di resilienza e riforma* (PNRR)<sup>47</sup>, affinché,

<sup>43</sup> R. CEA, *Il governo della salute nell'Italia liberale. Stato, igiene e politiche sanitarie*, cit., 83

<sup>44</sup> Anche se va ricordato che dopo l'approvazione dell'obbligatorietà su base nazionale, con la legge Crispi-Pagliani del 1888, si radicò anche nel nostro Paese la *Lega contro la vaccinazione obbligatoria*, che propugnò le rivendicazioni della libertà di scelta e del diritto all'integrità corporale, unitamente alle recriminazioni contro una pratica ritenuta dannosa per la salute in base a dati statistici manipolati o contraffatti, in merito si veda E. TOGNOTTI, *Vaccinare i bambini tra obbligo e persuasione: tre secoli di controversie. Il caso dell'Italia*, con prefazione di W. RICCIARDI, Milano 2020.

<sup>45</sup> Si vedano per tutti le considerazioni di G. MELIS, *Francesco Crispi e le riforme amministrative*, in A. G. Ricci, L. Montevecchi (a cura di), *Francesco Crispi. Costruire lo Stato per dare forma alla Nazione*, cit.à-, 264 secondo il quale lo statista di Ribera si cimentò in un riformismo che si tradusse "in grandi leggi-monumento, anzi in una legislazione che avrebbe sfidato il tempo per contenuti e qualità tecnica, estendendo i suoi effetti ben oltre l'età liberale, sino al fascismo, al dopoguerra e per certi aspetti sino ad oggi o quasi; ma che anche seppe farsi prassi amministrativa spesso radicalmente nuova, incidendo sulle strutture e sulle loro regole di funzionamento, sulla formazione del personale e sulla cultura degli apparati; e traducendosi in regolamenti attuativi, in circolari, in ordini di servizio, in direttive, in disposizioni particolari".

<sup>46</sup> Caratterizzata da una forte spinta ideale tanto da ipotizzare la c.d. "utopia igienista", così C. POGLIANO, *L'utopia igienista (1870-1920)*, in F. Della Peruta (a cura di), *Storia d'Italia, Malattia e medicina*, Annali VII, cit., 587 e ss.

<sup>47</sup> Come noto, la *Missione 6* del PNRR stanziava per la salute 20,23 miliardi €, la Missione ha l'obiettivo di affrontare, in termini sinergici, gli aspetti critici del *Sistema Sanitario Nazionale* (SSN), allineando i servizi ai bisogni di cura dei pazienti in ogni area del Paese, migliorando le dotazioni infrastrutturali e tecnologiche, promuovendo la ricerca e l'innovazione e sviluppando competenze tecnico-professionale, digitale e manageriali del personale.

La Missione 6 si articola in 2 componenti:

- la *M6C1 Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale*; con uno stanziamento di 9 miliardi di euro, e che intende rafforzare le prestazioni erogate sul territorio grazie al potenziamento e alla creazione di strutture e presidi territoriali (come le Case della Comunità e gli Ospedali di Comunità), il rafforzamento dell'assistenza domiciliare, lo svi-

di fronte alle prospettive di nuove epidemie, imposte dal principio della precauzione, si costruisca una rafforzata capacità di prevenzione e reazione dell'intero sistema-Paese.

---

luppo della telemedicina e una più efficace integrazione con tutti i servizi socio-sanitari. La Componente si articola in 3 investimenti ed una riforma;

- la *M6C2 Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale*, con uno stanziamento di 11,23 miliardi €, che ha come obiettivo lo sviluppo e l'innovazione della sanità pubblica, valorizzando gli investimenti nel sistema salute in termini di risorse umane, digitali, strutturali, strumentali e tecnologici. La componente si articola in 2 aree d'intervento: l'aggiornamento tecnologico e digitale, la formazione, ricerca scientifica e trasferimento tecnologico.

In merito si veda E. ROSSI, *Le "Case della comunità" del PNRR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2, 361 e ss., mentre con riguardo alla Sicilia sia consentito rinviare alla relazione presentata ad *Innovabiomed*, Fiera di Verona il 3 luglio 2021, *La Sicilia, la deprivazione sanitaria e gli investimenti*, adesso in AA.VV., *Rilanciare la Sicilia facendo cose semplici: come fare e perché farlo*, Bari, 2021, 117 e ss.

# Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio *a quo* e giudizio di legittimità costituzionale: il caso dell'obbligo vaccinale nella decretazione d'urgenza per il contrasto della pandemia da Covid-19

di Elisa Cavasino

SOMMARIO: 1. Il tema ed i profili d'interesse: muovendo dall'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. – 2. Sull'estensione per analogia degli obblighi vaccinali. – 3. Ancora su oscurità ed incoerenze della disciplina sugli obblighi vaccinali in tema di accesso alle strutture socio-sanitarie. – 4. Istruttoria tecnico-scientifica e motivazione sulla non manifesta infondatezza. Aspetti problematici.

## 1. *Il tema ed i profili d'interesse: muovendo dall'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*

L'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana apre un complesso di interrogativi in tema di decretazione d'urgenza, potere amministrativo e le garanzie giurisdizionali della legalità costituzionale nel corso dell'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia da Covid-19.

Queste brevi riflessioni avranno ad oggetto tre aspetti specifici di tale macro-tema, tutti collegati all'introduzione dell'obbligo vaccinale come misura di contrasto del Covid-19. Com'è noto, l'obbligo vaccinale è stato introdotto, con decreto legge, dapprima, per alcune categorie di lavoratori (art. 4 d.l. n. 44 del 2021) e, successivamente, per intere fasce della popolazione (art. 1 d.l. n. 1 del 2022).

Non ci si soffermerà sul tema della legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza per introdurre e disciplinare obblighi vaccinali, considerando che la Corte costituzionale si è già pronunciata sul punto in relazione al d.l. n. 73 del 2017 *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale* (cosiddetta “riforma Lorenzin”) con la sentenza n. 5 del 2018<sup>1</sup>. In quella pronuncia, il Giudice costituzionale ha richiamato l'ampio margine di discrezionalità nel valutare i presupposti di straordinaria necessità e urgenza “che giustificano l'adozione di un decreto-legge in materia” e ha collegato, nella fattispecie, tale apprezzamento *discrezionale* sulla sussistenza della necessità e dell'urgenza nell'introduzione dell'obbligo vaccinale anche agli orientamenti espressi dall'OMS per l'Europa in tema di contrasto di specifiche malattie infettive per le quali viene introdotto l'obbligo vaccinale.

---

<sup>1</sup> Su cui anche con riguardo agli obblighi vaccinali da covid-19 D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo*, in Osservatorio.AIC, 2021, num. 1. A commento della sentenza si veda A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Giurcost.org*, 2018, num. 1.

È degno di nota in particolare il seguente passaggio della decisione: “a fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro” (e gli indici di riferimento, si ribadisce, sono quelli definiti dall’OMS per la regione Europea), la Corte ha ritenuto che “rientri nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione”<sup>2</sup>.

Ebbene, è utile ricordare, a proposito delle vaccinazioni per il contrasto virus COVID-19, che l’OMS, per la regione Europea nel corso del 2020 e del 2021 ha elaborato una serie di strategie e raccomandazioni volte ad assicurare l’effettiva ed incrementale somministrazione dei vaccini anti-covid come strumento di contrasto della pandemia<sup>3</sup>.

Questo contributo invece mira ad approfondire alcuni profili problematici relativi alla legittimità di alcune prassi amministrative ed ai conseguenti orientamenti giurisprudenziali in tema di obbligo vaccinale anti-covid; alla evoluzione della disciplina sull’obbligo vaccinale ed, infine, alle dinamiche che questa ordinanza istruttoria potrebbe determinare rispetto ad una eventuale apertura del giudizio di legittimità costituzionale.

Il primo ordine di considerazioni riguarderà la possibilità di estendere per analogia la disciplina sugli obblighi vaccinali. In secondo luogo, ci si soffermerà sulla la ragionevolezza rispetto alla *ratio* della disciplina sugli obblighi vaccinali nell’accesso alle strutture socio-sanitarie per motivi di studio, lavoro, ricerca e formazione. Infine, si dedicheranno alcune riflessioni sul rapporto fra istruttoria tecnico-scientifica nel processo amministrativo e giudizio di legittimità costituzionale.

## 2. *Sull’estensione per analogia degli obblighi vaccinali*

L’ordinanza del CGARS offre l’opportunità di riflettere sulle tecniche di interpretazione utilizzate per definire il campo di applicazione dell’obbligo vaccinale introdotto per specifiche categorie di lavoratori, ossia quelli dei servizi socio-sanitari. Nella vicenda processuale sottesa all’adozione dell’ordinanza, l’Amministrazione universitaria ha ritenuto di dover inibire l’accesso alle strut-

<sup>2</sup> Corte cost. n. 5 del 2018 par. 6.4. *Considerato in diritto*.

<sup>3</sup> Si vedano almeno i documenti pubblicati in <https://www.euro.who.int/en/health-topics/disease-prevention/vaccines-and-immunization/covid-19-vaccines-and-vaccination/country-preparedness/operational-guidance-to-support-member-states-in-preparing-for-and-implementing-covid-19-vaccination>

ture sanitarie “in presenza” ad uno studente universitario iscritto ad un corso di laurea che consentiva di svolgere professioni sanitarie, che doveva svolgere un tirocinio formativo obbligatorio per conseguire il titolo di studio.

È opportuno evidenziare quale sia la posizione assunta dal giudice amministrativo rispetto a tale prassi amministrativa.

Il giudice amministrativo inquadra la fattispecie nei seguenti termini: a) ci si trova dinanzi ad un provvedimento dell’Amministrazione universitaria limitante il pieno ed effettivo esercizio del diritto all’istruzione; b) l’effetto lesivo del diritto all’istruzione discende da un’interpretazione *teleologica* della disciplina dell’obbligo vaccinale avente per espressi destinatari solo alcune categorie di lavoratori (art. 4 c. 1 d.l. n. 44 del 2021).

In altri termini, sarebbe stata la tecnica interpretativa utilizzata dall’Amministrazione – ritenuta “corretta” dal giudice amministrativo – a condurre all’estensione, per analogia, dell’obbligo vaccinale agli studenti universitari dell’area medica e sanitaria.

È così possibile evocare l’art. 4 c. 1 d.l. n. 44 del 2021 per la fattispecie di cui si discute, mentre, con ogni probabilità, si sarebbe dovuto concludere nel senso dell’esclusione della possibilità di ritenere applicabile tale disciplina ove si fosse praticata un’interpretazione letterale e si fosse concluso per la tassatività dell’elenco delle categorie sottoposte ad obbligo.

In questa specifica vicenda, la compressione di un diritto costituzionale, il diritto allo studio, e l’introduzione di un trattamento sanitario obbligatorio per effetto del bilanciamento con l’esigenza di contrasto della pandemia, si definiscono, per il giudice (che così ricostruisce la posizione assunta dall’Amministrazione universitaria), sulla base dell’antico brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Ora, ci si chiede, ricorrere ad un’interpretazione letterale e volta ad assicurare la tassatività della misura per quanto riguarda l’individuazione dei destinatari dell’obbligo, sarebbe stato “scorretto”?

È interessante notare che sul nodo della tecnica interpretativa da utilizzare per definire il campo di applicazione della disciplina sull’obbligo vaccinale, il Tribunale amministrativo regionale non si è espresso in modo così netto come il CGARS.

Il TAR, infatti, nel respingere l’istanza cautelare, si era orientato nel senso 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”<sup>4</sup> senza riferirsi espressamente all’art. 4 d.l. n. 44 del 2021.

Il CGARS, invece, in sede d’appello avverso il diniego di sospensiva, si

---

<sup>4</sup> TAR Sicilia, Sez. I, Ord.16-20/9/2021, n. 568/2021 REG.PROV.CAU.

premura di giustificare l'interpretazione *secondo la ratio* della disciplina dell'obbligo vaccinale ritenendo che: “permanga l'interesse alla decisione in relazione alla normativa posta a base degli atti impugnati, in considerazione del fatto che all'appellante (data la giovane età) non trova applicazione l'obbligo vaccinale introdotto per gli ultracinquantenni dal d.l. 7 gennaio 2022 n. 1” e che sono “infondati, avuto riguardo alla ratio della normativa”, tutti i “profili” del ricorso volti a sostenere “l'inapplicabilità agli studenti tirocinanti dell'obbligo vaccinale introdotto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021”<sup>5</sup>.

Va evidenziato anche che il CGARS giunge a ritenere “corretta” l'interpretazione analogica della disciplina sull'obbligo vaccinale sulla base di un'interpretazione della stessa *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 costituzionale di riferimento primario per definire il bilanciamento fra principio di solidarietà e autodeterminazione nel caso dell'obbligo vaccinale, proprio perché dedica un comma a disciplinare l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio (TSO) ponendo una riserva di legge (“per disposizione di legge”) rinforzata per contenuto, dato che non si possono comunque “violare i limiti del rispetto della persona umana”<sup>6</sup>.

Ora, l'interpretazione analogica è praticabile rispetto alla disciplina dei TSO? La risposta è certamente negativa per il TSO coattivi, trattandosi di ipotesi in cui viene senza alcun dubbio compressa la libertà personale (art. 13 Cost.).

Quanto ai TSO obbligatori, ci sono dei margini di incertezza. Innanzitutto, va sicuramente considerato il tipo di sanzioni conseguenti alla mancata ottemperanza all'obbligo perché se si tratta di sanzioni “affittive” come quelle penali, si può ritenere che si rientri ancora una volta nel campo di applicazione dell'art. 13 Cost. e dei principi costituzionali in materia penale (artt. 25 e 27 Cost.).

Per i TSO non coattivi e non assistiti da sanzioni penali, se astrattamente è possibile ritenere che l'Amministrazione, in un contesto di grave emergenza sanitaria e di “oscurità” del testo legislativo, possa anche essere indotta a operare nel senso dell'estensione per analogia del campo di applicazione di una certa disciplina volta a prevenire la diffusione di malattie altamente infettive, per il giudice, invece, si apre una opzione differente che sembra più in linea con l'effettività delle garanzie delle libertà costituzionali.

Il giudice si trova dinanzi ad una disciplina sull'obbligo vaccinale che appare lacunosa ed incoerente. È dunque chiamato ad affrontare il nodo della *ragionevolezza* della stessa.

<sup>5</sup> CGARS Ord. 12-17/1/2022 n. 38/2022 parr. 4 e 5.

<sup>6</sup> Sul punto si vedano almeno V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 556 e S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitario obbligatori e Costituzione* (a proposito della disciplina delle vaccinazioni), in *Dir. soc.*, 1979, 875 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione* (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue), in *Dir. soc.*, 1982, pp. 303 ss..

In altre parole, ove si ritenesse di dover esaurire la ricostruzione del quadro normativo applicabile al solo art. 4 c. 1° d.l. n. 44 del 2021, non ci sarebbe bisogno di concludere che l'unica interpretazione "corretta" è quella di estendere per analogia l'obbligo vaccinale, perché ben si potrebbe praticare una interpretazione "alternativa", che sembra più coerente con il quadro delle garanzie costituzionali delle libertà e dei diritti, che consente di escludere la sussistenza dell'obbligo vaccinale.

Ove invece si ritenesse irrazionale l'esclusione di alcune categorie di soggetti dall'obbligo vaccinale, bisognerebbe prospettare una questione di legittimità costituzionale, ma lo si potrebbe fare soltanto nel senso della estensione dell'obbligo: in altri termini, bisognerebbe rimettere una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la "norma omessa" dal legislatore, che rende "irrazionale" l'obbligo vaccinale solo per i lavoratori e gli operatori socio-sanitari.

In altre parole, nella vicenda *di cui qui si discute*, sembrerebbe opportuno, piuttosto che muovere dall'interpretazione analogica dell'art. 4 c. 1° d.l. n. 44 del 2021, rimettere una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 4 c. 1° d.l. n. 44 del 2021 indicando uno specifico "verso" dell'addizione, tale da consentire l'estensione dell'obbligo agli studenti universitari.

Perché il giudice amministrativo si è orientato diversamente? Una spiegazione possibile potrebbe essere che l'obiettivo di fondo sia censurare l'obbligo vaccinale *tout court* e che il ricorso all'interpretazione analogica è l'unica via per provare a sfuggire ad una pronuncia di inammissibilità per carenza di rilevanza.

Da questo punto di vista, l'ordinanza del CGARS non appare dunque pienamente convincente, ma, probabilmente, la valutazione della rilevanza della questione sarà oggetto di ulteriori considerazioni in una eventuale ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale. A questo proposito si dirà qualcosa di più nel paragrafo seguente

### 3. *Ancora su oscurità ed incoerenze della disciplina sugli obblighi vaccinali in tema di accesso alle strutture socio-sanitarie*

Il secondo aspetto d'interesse, sempre per quanto concerne la rilevanza della questione, riguarda la considerazione che dovrebbe assumere la serie d'interventi del legislatore in tema di definizione del campo di applicazione dell'obbligo vaccinale rispetto alla motivazione di una eventuale ordinanza della questione di legittimità costituzionale. Per molti aspetti relativi alla possibile soluzione da offrire a questo interrogativo si condivide e si rinvia al contributo di Giuseppe Verde.

Qui interessa soltanto aggiungere che, nella valutazione della rilevanza della questione, ove si ritenesse di dover procedere alla rimessione della questione di legittimità costituzionale, andrebbe certamente irrobustita la motivazione sulla

rilevanza, approfondendo l'analisi relativa all'evoluzione della disciplina sugli obblighi vaccinali che riguardano l'accesso alle strutture socio-sanitarie per motivi di lavoro, ricerca, formazione, studio.

Si ribadisce, al riguardo, che il Consiglio di giustizia amministrativa, in sede di appello cautelare, infatti, è stato chiamato a valutare “l'erroneità dell'ordinanza” del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia Sezione Prima” con la quale si respingeva a richiesta di sospensione del provvedimento dell'Ufficio di Gabinetto del Rettore dell'Università degli studi di Palermo del 27 aprile 2021.

L'Ateneo, in una vicenda che riguardava lo svolgimento dei tirocini di area medica/sanitaria da parte di uno studente non vaccinato, ma che aveva già contratto il Covid-19, aveva impedito lo svolgimento del tirocinio “in presenza all'interno delle strutture sanitarie”.

L'art. 4 c. 1 d.l. n. 44 del 2021, disposizione che sembra essere richiamata nella nota rettorale (da quanto emerge, almeno, dal testo dell'ordinanza del CGARS), disponeva, nel testo originario che: “Al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita, comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. [...]”.

Certamente, come si è detto nel paragrafo precedente, la legge appare oscura.

La categoria di “lavoratori” e “operatori di interesse sanitario” poteva apparire di difficile interpretazione all'Amministrazione, in un contesto emergenziale e data la rigidità delle reazioni normative alla diffusione del virus nella popolazione. Dunque, l'Università, nella ricostruzione della fattispecie normativa, ben avrebbe potuto riposare sul testo dell'art. 2 c. 1 lett. a) d.lgs. n. 81/2008 per comprendervi all'interno anche gli studenti, anche se, per essere precisi, il significato di “lavoratore” di cui alla citata disposizione del d.lgs. n. 81/2008 appare confinato dallo stesso legislatore all'applicazione disciplina sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Ma, comunque, per tentare di definire l'oscuro ambito di applicazione della lacunosa disciplina emergenziale sull'obbligo vaccinale appena introdotta, l'Ateneo poteva anche aver ritenuto che “lavoratore” potesse essere considerata qualsiasi persona che “indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o

privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari” ai sensi del d.lgs. n. 81/2008 e del d.l. n. 44/2021.

Per ribadire quanto “oscura” potesse apparire la disciplina recata dal d.l. n. 44/2021, il legislatore, già con la legge di conversione (l. 28 maggio 2021, n. 76), aveva dovuto iniziare a chiarire meglio proprio il profilo delle “categorie” destinarie dell'obbligo, introducendo delle integrazioni all'art. 4 c. 1 d.l. n. 44/2021, precisando che per esercenti le professioni sanitarie ci si riferiva ai lavoratori “di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43” e che la vaccinazione costituiva requisito essenziale per l'esercizio della professione e lo svolgimento delle “prestazioni lavorative dei soggetti” obbligati. In altre parole, si chiariva, in sede di conversione in legge, con maggiore precisione a quali categorie di soggetti si applicava l'obbligo vaccinale in questione e fra queste erano espressamente menzionati gli studenti universitari.

Successivamente, però, l'oscurità nella determinazione del campo di applicazione dell'obbligo vaccinale si affacciava nuovamente con l'entrata in vigore del decreto legge 6 agosto 2021, n. 111 convertito con mod. dalla l. n. 24 settembre 2021 n. 133, il quale recava l'art. 2-bis, rubricato “estensione dell'obbligo vaccinale in strutture socio-assistenziali e socio-sanitarie”, che disponeva l'estensione dell'obbligo vaccinale “dal 10 ottobre 2021 al 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza” nei seguenti termini: “l'obbligo vaccinale previsto dall'articolo 4, comma 1, si applica altresì a tutti i soggetti, anche esterni, che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture di cui all'articolo 1-bis, incluse le strutture semiresidenziali e le strutture che, a qualsiasi titolo, ospitano persone in situazione di fragilità”.

Sarà soltanto con legge 21 gennaio 2022, n. 3 *Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172 recante Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali* che verrà assicurata piena chiarezza nella definizione dei destinatari dell'obbligo vaccinale. La l. n. 3 del 2022, infatti, oltre ad aver esteso l'obbligo vaccinale ad intere fasce della popolazione sulla base dell'età, ha *corretto* la lacunosità e l'irragionevolezza della disciplina dell'obbligo vaccinale disposto dal d.l. n. 44 del 2021 in relazione all'accesso a strutture socio-sanitarie per ragioni di lavoro, studio, ricerca e formazione, introducendo un nuovo comma nel corpo dell'art. 4 d.l. n. 44 del 2021, espressamente dedicato all'obbligo vaccinale per gli studenti dei corsi di laurea di area medica e sanitaria.

Il testo attuale dell'art. 4 d.l. n. 44 del 2021 reca, infatti, oggi il seguente comma: «1-bis. 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».

#### 4. *Istruttoria tecnico-scientifica e motivazione sulla non manifesta infondatezza. Aspetti problematici*

Il terzo aspetto d'interesse riguarda, infine, le dinamiche che l'ordinanza istruttoria del CGARS sembra miri a realizzare fra giudizio *a quo* e giudizio di legittimità costituzionale. Ci si trova dinanzi ad una possibile questione di legittimità costituzionale che intercetta una disciplina di carattere tecnico-scientifico la quale ha effetti lesivi sull'esercizio dei diritti costituzionali.

Un tratto evidente dell'ordinanza è che il Giudice amministrativo mira ad utilizzare in modo inusuale e ampio i propri poteri istruttori al fine, sembra almeno ad una prima impressione, di sorreggere in modo ponderoso sul piano tecnico-scientifico la valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione.

L'ordinanza del CGARS di cui qui si discute, infatti, dopo una succinta ricostruzione della *fattispecie normativa* volta in parte a definire la rilevanza della questione di legittimità costituzionale della disciplina sull'obbligo vaccinale, si impegna nella costruzione di una imponente mole di quesiti utili a svolgere un'istruttoria tecnico-scientifica che dovrebbe condurre ad una piena valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Sotto il profilo della ampiezza dell'istruttoria; della difficoltà a ricondurla al giudizio pendente dinanzi al giudice amministrativo; delle dinamiche che questa forma ampia ed eccessivamente articolata di esercizio dei poteri istruttori determina nelle relazioni fra potere normativo e potere giudiziario, per brevità, qui si aderisce e si rinvia ai contributi di Mario Rosario Spasiano, Aristide Police, Marco Mazzamuto.

In questa sede s'intende, invece, prospettare qualche ulteriore riflessione legata alle considerazioni sul punto prospettate nel contributo di Antonio Ruggeri e nella relazione di Alessandro Mangia, in quel passaggio in cui si riferisce all'amministrativizzazione del potere normativo (e all'istruttoria legislativa), con riferimento agli effetti sul potere del giudice di valutare e motivare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

La lettura dell'ordinanza istruttoria del CGARS, nella parte in cui subordina la valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione allo svolgimento di ampi ed articolati adempimenti istruttori di natura tecnico-scientifica, provoca un effetto di spiazzamento nel lettore, poiché il giudice amministrativo sembra interpretare il suo ruolo non come quello di giudice che rimette una questione di legittimità costituzionale che muove dall'applicazione della legge ad un caso

*concreto*, quanto, piuttosto, di un organo che attiva un *giudizio di costituzionalità della legge* rendendo valutazioni di carattere astratto e generale sulla sospetta incostituzionalità della stessa, tali da “provare” piuttosto che “dubitare” della fondatezza della questione (cfr. le considerazioni di Mario Rosario Spasiano, Guido Corso e Aristide Police Police).

Quest’uso inusuale del potere istruttorio nel giudizio amministrativo in questioni di natura tecnico-scientifica, produce un inevitabile effetto: avvicinare l’istruttoria nel giudizio amministrativo alle forme dell’istruttoria legislativa. Orbene, com’è noto, le forme dell’istruttoria legislativa, anche a seguito delle recenti modifiche alle norme integrative dei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale<sup>7</sup>, possono oggi trovare una più forte eco nel giudizio di costituzionalità della legge, rispetto a quanto avvenisse in passato<sup>8</sup>. Peraltro, la stessa Corte costituzionale ha più frequentemente fatto ricorso e in modo sempre più incisivo ai poteri istruttori in questioni di legittimità costituzionale in cui appariva dirimente il profilo tecnico-scientifico<sup>9</sup>.

In questa specifica vicenda processuale si apre uno scenario inusuale rispetto a questioni rimesse in via incidentale che presentavano profili legati all’incertezza scientifica ed al principio di precauzione da essa derivante (profili legati alla valutazione del rischio di lesione del diritto costituzionale alla salute, in particolare).

In altre parole, mentre in altre questioni di costituzionalità, il giudice rimettente ha motivato la non manifesta infondatezza con riferimento a risultanze istruttorie *strettamente legate al caso* dinanzi ad esso pendente, il CGARS sembra qui impegnato a dimostrare “oltre ogni ragionevole dubbio” che la questione di legittimità costituzionale si fonda su argomentazioni di carattere tecnico-scientifico ampie, solide, generalissime.

Ci si chiede perché. Forse perché tali risultanze potrebbero in qualche modo essere “conosciute” ed essere utilizzate anche da altri giudici (all’esito della pubblicazione dell’eventuale ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale in Gazzetta Ufficiale)? Forse per attivare un “dibattito pubblico” (su cui si veda l’intervento di Pasquale De Sena) che a detta del giudice è sembrato lacunoso (si vedano i riferimenti alle risoluzioni del Consiglio d’Europa presenti nell’ordinanza)? Forse per sopperire alla mancanza di pubblicità e trasparenza del processo decisionale che ha condotto il legislatore ad introdurre l’obbligo (sul tema si veda il contributo di Anna Simonati)?

---

<sup>7</sup> Su cui per tutti G.P. DOLSO, *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quad. cost.*, 2020, 398. Si vedano anche i contributi sull’istruttoria raccolti in M. D’amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.

<sup>8</sup> Si veda la già citata Corte cost. n. 5 del 2018.

<sup>9</sup> In materia economico-finanziaria, in particolare, si vedano da ultimo Corte cost. n. 197 del 2019 e Corte cost. n. 220 del 2021.

Oppure, semplicemente il giudice ha costruito in questi termini i suoi quesiti istruttori per “blindare” – in prospettiva – una eventuale ordinanza di rimessione sotto il profilo tecnico-scientifico, rendendo più difficoltosa per la stessa Corte costituzionale, l’attivazione dei suoi poteri istruttori?

Se così fosse, è come se attraverso l’istruttoria nel processo amministrativo e la stretta connessione fra le sue risultanze ed il profilo della non manifesta infondatezza della questione, si intendesse provare l’assenza di discrezionalità legislativa in tema di imposizione di trattamenti sanitari obbligatori quali sono i vaccini obbligatori.

Da un lato, infatti, l’ordinanza istruttoria lascia intendere che in assenza di piena “certezza” scientifica sull’assenza di rischi e sulla presenza di benefici per la salute individuale, non si potrebbe legittimamente limitare l’autodeterminazione della persona in materia di salute, imponendo un obbligo vaccinale: in tal caso, mancherebbe la discrezionalità del legislatore nel bilanciare “rischi” e “benefici” e vi sarebbe l’impossibilità *tout court* di imporre obblighi vaccinali.

Dall’altro, si presuppone che l’imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio quale il vaccino, possa essere prevista soltanto in presenza di certezza scientifica sul rapporto costi-benefici del vaccino per la salute individuale e pubblica.

Quest’ultimo presupposto espone, però, una eventuale ordinanza di rimessione a censure d’inammissibilità.

Le leggi non sono, infatti, *science-driven*, ma *science-based*<sup>10</sup>.

In altri termini, non è pensabile, almeno secondo una parte dottrina che qui si condivide, che il legislatore non possa operare, in materia tecnico-scientifica alcuna sintesi politica fra dato tecnico-scientifico ed altri interessi o “dati” di differente carattere.

Il Legislatore, infatti, è chiamato a normare e dare ordine a problemi di carattere tecnico-scientifico proprio operando una sintesi fra “istanze di natura diversa (tecnica, etica, sociale, economica, politica, propriamente giuridica)”, non riducendo, in altre parole, la decisione politica a decisione guidata, controllata, orientata integralmente dalla scienza e dalla tecnica, inautonoma rispetto ad essa<sup>11</sup>.

Ma a prescindere dagli orientamenti dottrinali, è anche la stessa giurisprudenza costituzionale a sembrare piuttosto consolidata in materia di “statuto” costituzionale delle questioni tecnico-scientifiche.

In particolare, da quest’ultimo punto di vista, l’ordinanza non sembra pie-

<sup>10</sup> Sull’evoluzione di tale rapporto N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001 e, nel contesto dell’emergenza pandemica, A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BiolanJournal* nr. speciale 1-2020

<sup>11</sup> Si vedano A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018, spec. 187 e L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 2.

namente cogliere le implicazioni di alcuni “filoni” della giurisprudenza costituzionale in materia tecnico-scientifica che potrebbero mostrare come risultanze dell’istruttoria volte ad ingenerare un “dubbio” sul rischio ed il beneficio per la salute individuale e collettiva dei vaccini non necessariamente condurrebbero a dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale, anzi, potrebbero comportare l’inammissibilità della questione.

Ciò è già accaduto in relazione al divieto di sperimentazione sugli embrioni sovranumerari (art. 13 l. n. 40 del 2004 su cui Corte cost. n. 84 del 2016), fattispecie che rappresenta in modo plastico quanto invece il Giudice costituzionale ritenga sussistente un ampio margine di discrezionalità legislativa in assenza di “certezze scientifiche”.

Ancora, un’istruttoria come quella congegnata nell’ordinanza del CGARS, potrebbe poi, paradossalmente, contribuire a dichiarare l’infondatezza della questione. Si consideri a tal riguardo la giurisprudenza in tema di questioni tecnico-scientifiche legate all’esercizio della pratica medica. Il CGARS non dovrebbe trascurare il rilievo che assume un “precedente” molto rilevante: quella giurisprudenza conseguente a scelte normative del legislatore regionale volte a sospendere il ricorso a trattamenti sanitari lesivi della salute di cui non erano chiari gli effetti. Ci si riferisce al caso dell’elettroshock e della lobotomia, oggetto di due importanti pronunce del Giudice delle Leggi (Corte cost. n. 282 del 2002 e 338 del 2003) nelle quali emerge chiaramente come il rapporto fra prescrizioni normative e prescrizioni mediche basate sulle conoscenze scientifiche disponibili è un rapporto non rigido ma *contestualizzato* rispetto ad una serie rilevante di altri “fattori” o “dati” e che non può essere irrigidito una volta e per sempre.

Inoltre, non va affatto trascurato quanto assuma rilievo, anche in tema di dispensa dall’obbligo vaccinale, un profilo di cui vi è pure traccia nell’ordinanza istruttoria ma che sembra risolto in modo forse un po’ troppo astratto e di adempimento “generale”, di carattere “burocratico”: il profilo dell’alleanza terapeutica, che anche nel TSO vaccinale è – seppur in modo limitato – presente.

Infatti, anche in caso di trattamenti sanitari obbligatori la costruzione dell’alleanza terapeutica e delle informazioni al paziente o ad un suo rappresentante deve essere adempiuto caso per caso e va fatto salvo il principio costituzionale del rispetto della persona umana di cui all’art. 32 Cost.: né il legislatore né tantomeno il giudice può definire criteri del tutto “inderogabili” rispetto alla somministrazione di un dato trattamento sanitario ove questo sia considerato altamente lesivo della salute individuale dal medico.

A questo proposito e al di là della sentenza “manifesto” sull’obbligo vaccinale n. 5 del 2018, appare di estremo interesse per il profilo delle esenzioni allo stesso obbligo vaccinale, richiamare quanto afferma la sentenza n. 169 del 2017 per la quale: “la discrezionalità legislativa trova il suo limite «[nel]le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si

fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)» (sentenza n. 151 del 2009).”.

In altre parole, oltre a tenere conto delle indicazioni degli organismi internazionali e nazionali competenti in materia di prevenzione di malattie infettive, come richiamato da Corte cost. n. 5 del 2018, il legislatore deve tenere conto, nella definizione delle prescrizioni legate alle somministrazioni di farmaci o terapie mediche, della “dinamica evolutiva terapeutica e della specificità del paziente, inteso come soggetto titolare di un diritto alla appropriata attribuzione dei presidi diagnostici e terapeutici” (Corte cost. n. 169 del 2017). Dunque, se il legislatore da un lato è tenuto a definire norme “fondate” sulla “verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati” quali ad esempio quelle promananti dall’OMS, nel caso dell’attuale pandemia, è evidente che da questo punto di vista, cadrebbero tutte le considerazioni sul “rischio” “non calcolato” dallo stesso legislatore.

Infine, non va trascurato un altro filone di giurisprudenza costituzionale in cui viene in rilievo il bilanciamento legislativo anche di interessi collettivi ed adespoti quali quelli ad un ambiente salubre e alla salute della collettività.

Ci si riferisce alle questioni di costituzionalità di leggi che disciplinano conflitti ambientali, ossia ipotesi in cui le norme regolano un bilanciamento fra varie tipologie di interessi e diritti costituzionali come il diritto alla salute e la libertà di iniziativa economica.

Le questioni sottese all’obbligo vaccinale nel corso di una pandemia sembrano coinvolgere anch’esse interessi adespoti e diritti soggettivi e, pertanto, sembra calzante intraprendere un parallelo con quella giurisprudenza costituzionale relativa proprio a questioni tecnico-scientifiche in materia ambientale. In questioni di tal genere, come acutamente è stato rilevato, la giurisprudenza costituzionale sembra approcciarsi e risolvere queste questioni dando *assoluta prevalenza* ai profili legati alla *distribuzione dei poteri*, piuttosto che a quelli legati al *contenuto dei poteri*<sup>12</sup>.

Come è accaduto nel “caso ILVA”, il tipo di approccio al tema dell’obbligo vaccinale nel contesto di una pandemia si presenta, in sede giudiziaria piuttosto come un conflitto fra poteri che come la fisiologica attivazione del giudizio di legittimità delle leggi in via incidentale.

Come nel caso del conflitto fra salute individuale e collettiva, libertà d’iniziativa economica e tutela dell’ambiente, l’ordinanza istruttoria del CGARS sembra mirare piuttosto a “tracciare una linea di confine tra il potere politico-amministrativo e il potere giudiziario”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Spec. Corte cost. n. 307/2003 M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle “questioni tecniche” in materia di tutela dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, 14/2020, par. 2.1.

<sup>13</sup> M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale*, cit., 52.

Per questo, a conclusione di queste brevi riflessioni, sembra utile riportare un passaggio della sentenza sul caso ILVA in cui la Corte costituzionale afferma che “non può essere ammesso che un giudice (ivi compresa questa Corte) ritenga illegittima la nuova normativa in forza di una valutazione di merito di inadeguatezza della stessa, a prescindere dalla rilevata violazione di precisi parametri normativi, costituzionali o ordinari, sovrapponendo le proprie valutazioni discrezionali a quelle del legislatore e delle amministrazioni competenti. Tale sindacato sarebbe possibile solo in presenza di una manifesta irragionevolezza della nuova disciplina dettata dal legislatore” (Corte cost. n. 85 del 2013, par. 12.6 Considerato in diritto).



Obblighi vaccinali e limiti in prospettiva comparata.  
Riflessioni a margine di una recente decisione del Consiglio di Giustizia  
Amministrativa della Regione siciliana

di Luciana De Grazia

1. Con la decisione del 12/01/2022<sup>1</sup>, il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana si è pronunciato sull'ordinanza del Tar regionale di rigetto della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado, avente ad oggetto l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento del Gabinetto del Rettore dell'Università degli Studi di Palermo, che confermava per i tirocinanti in area medica/sanitaria la prosecuzione dell'attività in presenza all'interno delle strutture sanitarie, a seguito della somministrazione vaccinale anti Covid-19.

Dopo avere accertato la sussistenza dell'obbligo vaccinale per l'appellante, riconducendolo all'interno della categoria di coloro che, ai sensi dell'art. 4 del dl n. 44 del 2021, esercitano le professioni sanitarie e che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali, il giudice amministrativo ha esaminato le questioni di costituzionalità della normativa in materia di obbligo vaccinale Sars-Cov-2, sollevate dall'appellante. In particolare, il CGA<sup>2</sup>, sottolineando elementi di diversità e novità nelle questioni sollevate rispetto a quelle già decise dal Consiglio di Stato<sup>3</sup>, ha considerato rilevante accertare le legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale e ha disposto un'istruttoria per approfondire i profili della non manifesta infondatezza delle questioni, in ordine alla conformità dell'obbligo vaccinale alle condizioni dettate dalla Corte costituzionale in materia di libertà di autodeterminazione sanitaria dei cittadini in ambito vaccinale, ossia sulla «non nocività dell'inoculazione per il singolo paziente e beneficio per la salute pubblica»<sup>4</sup>. L'istruttoria è affidata ad un collegio esterno composto, su indicazione del giudice amministrativo, dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio Superiore della Sanità operante presso il Ministero della Salute e dal Direttore

---

<sup>1</sup> Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decisione del 17/01/2022, n. 01272/2021 reg. ric.

<sup>2</sup> In particolare, gli elementi di diversità e novità riscontrati dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana sono inerenti alla «contestata validità e sufficienza del sistema di farmacovigilanza nonché alla compatibilità della normativa che introduce l'obbligo vaccinale con il diritto euro unitario, con riferimento tra gli altri profili, a quello del consenso informato», punto 8.2

<sup>3</sup> Consiglio di Stato, sez. III, decisione del 20/10/2021, n.7045.

<sup>4</sup> Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decisione del 17/01/2022, cit., punto 9.2

della Direzione generale di prevenzione sanitaria ed è stato convocato per il 16/3/2022<sup>5</sup>.

Il CGA, in particolare, si è soffermato sul quadro giurisprudenziale in materia di obbligo vaccinale, richiamando la decisione del Consiglio di Stato n.7045/2021 che ha ritenuto legittimo l'obbligo vaccinale contro il virus Sars-Cov-2 per il personale sanitario, rilevando l'efficacia del vaccino, la prevalenza di effetti positivi derivante dalla politica vaccinale rispetto ai rischi sui singoli individui, in applicazione del principio costituzionale di solidarietà su cui si fonda il nostro ordinamento.

2. A supporto della propria motivazione, il CGA ha specificatamente richiamato una sentenza del Tribunale Supremo spagnolo<sup>6</sup>, che ci consente di svolgere alcune riflessioni sull'obbligo vaccinale e sui suoi limiti, anche al di fuori del contesto nazionale.

La decisione del Tribunale Supremo, in particolare, è resa sull'obbligo di esibizione del *pasaporte covid* per accedere agli spazi chiusi di stabilimenti alberghieri, di ristorazione, dedicati alle attività ricreative e alla vita notturna, nei comuni in cui la situazione di allarme epidemiologico sia di livello medio-alto siti nel territorio della Galizia<sup>7</sup>. In tale occasione, il Tribunale Supremo ha affermato che la richiesta della certificazione, attestante l'avvenuta vaccinazione, la guarigione o l'esito di un tampone antigenico negativo nelle 72 h precedenti, fosse *eficaz, apropiada y proporcionada*<sup>8</sup>, tenuto conto delle circostanze legate alla pandemia, e, quindi, idonea a limitare il diritto di uguaglianza e il diritto alla vita privata, con ciò contribuendo all'elaborazione di una giurisprudenza volta a legittimare la richiesta del certificato<sup>9</sup>.

Va premesso che, sebbene nell'ordinamento spagnolo viga il principio della volontarietà della vaccinazione<sup>10</sup>, il legislatore può renderla obbligatoria in

<sup>5</sup> Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decisione del 17/01/2022, cit., punto 9.4.

<sup>6</sup> Tribunale supremo spagnolo, IV sez., n. 1112/2021, ric. Cass. 5909/2021, consultabile su <https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TS%20Cont%20Sentencia%20pasaporte%20Covid%20Galicia.pdf>

<sup>7</sup> Diversamente, il Tribunale Supremo ha dichiarato l'illegittimità delle misure adottate dalla Comunità Autonoma dell'Andalusia, relative anche esse all'obbligo di esibizione di un *pasaporte covid*, per l'eccessiva indeterminatezza; cfr. Tribunale Supremo, *sala de lo Contenzioso*, n. 5899/2021 decisione del 18/08/2021.

<sup>8</sup> Cfr. Tribunale Supremo spagnolo, IV sez., n. 1112/2021 cit., punto 9, p.23.

<sup>9</sup> Cfr. anche Tribunale Supremo spagnolo, IV sez., n. 1412/2021, ric. Cass. 8074/2021. Anche in questo caso il Tribunale ha affermato che l'esibizione del *pasaporte covid* sia una misura che presenta «*los rasgos de adecuación, necesidad y proporcionalidad que justifican su adopción e incide tenuemente en los derechos a la igualdad e intimidad*».

<sup>10</sup> L'obbligatorietà di alcuni vaccini era prevista nella *Ley de Bases de Sanidad Nacional* del

determinate circostanze, in base a quanto disposto dalla Legge organica n. 4 del 01/06/1981 sullo stato di allarme<sup>11</sup> e dalla Legge organica sulle Misure speciali in materia di salute pubblica<sup>12</sup>. La legge *General de Salud Pública*<sup>13</sup> del 2011 ha, infatti, sancito la volontarietà dei vaccini, anche per coloro che esercitano le professioni sanitarie (art. 69, co. 5 e 6)<sup>14</sup>, pur prevedendo che tra le prestazioni della salute pubblica siano incluse quelle misure speciali che l'Amministrazione può adottare “*cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique*”. Se la volontarietà è, pertanto, la regola, l'obbligatorietà dei vaccini può essere disposta in occasioni speciali di necessità e urgenza, sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili.

Ad oggi, l'unico obbligo di vaccinazione contro la Covid-19 è stato previsto dalla *Ley de Salud Pública de Galicia*<sup>15</sup>, che ha anche introdotto l'obbligo di esibizione del *pasaporte Covid* per accedere a luoghi di ristorazione o ricreativi, prevedendo altresì l'irrogazione di una sanzione per chi, senza giustificato motivo, non si fosse sottoposto alle misure di prevenzione, quali il vaccino (art. 38.2.b

---

25/11/1944; con l'entrata in vigore della Costituzione del 1978, la Legge del 24/04/1980 rubricata “*Vacunaciones obligatorias impuestas y recomendadas*”, ne aveva abrogato l'obbligatorietà, stabilendo che i vaccini sarebbero potuti essere dichiarati obbligatori «*por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente*». La Legge del 25 aprile 1986, *General de Sanidad*, ha poi provveduto ad armonizzare la materia. Cfr. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados*, in *Revista Derecho y Salud*, vol. 22, n.1, 2012, 12.

<sup>11</sup> Cfr. Ley Orgánica 01/04/1981 de *Estados de Alarma, Excepción y Sitio*, che enumera, nel trattare la disciplina dello stato di allarme, tra le misure che ne permettono la dichiarazione «le crisi sanitarie come le epidemie». L'art. 12, co.1 stabilisce, inoltre, che «*la autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas*», tra cui le vaccinazioni obbligatorie. Cfr. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Vacunas obligatorias* cit., 14.

<sup>12</sup> Cfr. Ley Orgánica n.3 del 14 aprile 1986, che permette alle autorità sanitarie la vaccinazione obbligatoria, quando necessaria e proporzionata per la tutela della salute pubblica, nella lotta contro una pandemia.

<sup>13</sup> *Ley General de Salud Pública* n. 33 del 04/10/2011. Nell'ordinamento spagnolo l'unico riferimento alla vaccinazione di coloro che svolgono professioni sanitarie è previsto nell'art. 8.3 del Real Decreto n. 664 del 12/05/1997, sulla tutela dei lavoratori contro i rischi derivanti dall'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro, cfr. Cfr. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Vacunas obligatorias* cit., 27.

<sup>14</sup> La legge n. 33/2011 ha introdotto nella legge del 28/3/2003 sulla *Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud* la seguente disposizione: «*La prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique*», tra le cui misure sono comprese anche le vaccinazioni obbligatorie.

<sup>15</sup> *Ley de Salud Pública de Galicia*, n.8 del 25/02/2021 sulla *Modificación de la Ley n.8 del 10/07/2008 sulla Salud de Galicia*.

e 41 bis- 44 bis)<sup>16</sup>. Tale misura è stata, peraltro, sospesa temporaneamente dal Tribunale costituzionale<sup>17</sup>, che ha confermato, poi, la sospensione delle misure speciali, con esclusivo riferimento al n. 5 della lett. b, dell'art. 38 nella parte in cui si prevede la possibilità di obbligare la cittadinanza a sottomettersi “*a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación*”, a pena dell'irrogazione di una sanzione in caso di ingiustificato diniego<sup>18</sup>. Esclusa, pertanto, l'efficacia della norma inerente all'obbligo della vaccinazione, resta la facoltà di vaccinarsi collegata all'acquisizione del *pasaporte covid*.

L'oggetto della decisione del Tribunale Supremo, richiamata dal CGA, è stato, infatti, il diniego della ratifica delle misure restrittive adottate il 13 agosto 2021 dall' *Orden de la Conselleria de Sanidad*, da parte della *sala* del Contenzioso Amministrativo del Tribunale Superiore di Giustizia della Galizia<sup>19</sup>, riguardanti la richiesta di esibizione del *pasaporte Covid* per accedere ai luoghi di intrattenimento, previsto dalla *Ley de Salud Pública* della Galizia.

Va ricordato che la *sala* del contenzioso amministrativo del Tribunale supremo ha la competenza di giudicare su una nuova tipologia di ricorso per cassazione, molto più celere rispetto a quello ordinario, istituito dall'art. 15 del regio decreto-legge n. 8/2021, contro le ordinanze dell'Udienza nazionale e dei Tribunali Superiori di Giustizia delle Comunità Autonome, al fine di garantire uniformità nell'applicazione delle norme volte a contenere la pandemia. A maggio del 2021, infatti, il Governo nazionale spagnolo ha deciso di non prorogare lo stato di allarme, riconoscendo la competenza delle Comunità Autonome ad adottare, nel proprio territorio, le misure restrittive necessarie per gestire l'e-

---

<sup>16</sup> Cfr M.T. ECHEVARRÍA DE RADA, *El consentimiento para la vacuna covid de las personas vulnerables*, in *Otrosí, Revista del colegio de abogados de Madrid*, n.8/2021, 53.

<sup>17</sup> Tribunale costituzionale, *Pleno Auto*, n.74/2021 del 20/07/2021, pubblicato nel «BOE» n. 180 del 29 luglio 2021, consultabile al seguente link: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26785>. Il Tribunale costituzionale, adito con ricorso di incostituzionalità n.1975-2021, aveva già sospeso tutte le misure speciali previste dall'art. 38, co.2, della legge n. 8/2008, *Salud de Galicia*, così come modificato dal comma 5 dell'articolo unico della legge della Comunità autonoma della Galizia n.8/2021, cfr. BOE, n. 102, del 29/04/2021, 50907. Va sottolineato che il 28 luglio 2021 il Governo spagnolo ha ritirato il ricorso presentato al Tribunale costituzionale, con la conseguente vanificazione della sospensione (nella parte in cui rimaneva efficace come previsto dall'Auto) e la riacquisizione da parte della legge autonoma della piena efficacia. Il Governo nazionale ha poi raggiunto un accordo con la Comunità autonoma, fondato sull'impegno a mantenere la vaccinazione come facoltativa, eliminando la previsione di sanzioni di natura pecuniaria per l'ipotesi di diniego, cfr. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-14134&tn=1&p=20210729>

<sup>18</sup> Le sanzioni erano previste dall'art. 44 bis della *Ley de Salud* della Galicia, in relazione con gli artt. 41 bis d), 42 bis c) e 43 bis d) della stessa legge.

<sup>19</sup> Tribunale Superiore di Giustizia della Galizia, *sala* del Contenzioso Amministrativo, n. 7559/2021.

mergenza sanitaria<sup>20</sup>. Il margine di apprezzamento riconosciuto alle Comunità Autonome in merito alle misure da attuare per contenere la pandemia comporta inevitabilmente delle differenze in ordine ai limiti a cui possono essere sottoposti i diritti e le libertà. Il nuovo ricorso al Tribunale Supremo risponde, pertanto, all'esigenza di omogeneizzare l'applicazione delle misure restrittive e, conseguentemente, addivenire ad interpretazioni uniformi sui limiti e sulle restrizioni ai diritti fondamentali.

Nella decisione richiamata, il Tribunale Supremo, dopo avere affermato che i diritti fondamentali non sono assoluti né illimitati<sup>21</sup>, ha operato un bilanciamento tra diritti contrapposti, limitando il proprio giudizio all'esibizione del *pasaporte Covid* per l'accesso ai luoghi di intrattenimento, con ciò lasciando aperta la possibilità di giungere a conclusioni differenti, nel caso in cui l'esibizione del certificato fosse richiesta per accedere ai servizi diversi, quali quelli pubblici o essenziali<sup>22</sup>. Nell'ambito delle valutazioni tra sacrifici e benefici, il Tribunale Supremo ha reputato, pertanto, che il sacrificio collegato all'esigenza di presentare il certificato fosse recessivo rispetto al beneficio della riduzione dei contagi, conseguente alla vaccinazione sottesa al possesso del *paseporte Covid*. Peraltro, nessuna discriminazione, vi era a giudizio del Tribunale, tra vaccinati e non vaccinati, atteso che il certificato poteva essere rilasciato anche con modalità diverse rispetto la vaccinazione. In tal senso, il Tribunale Supremo ha, quindi, affermato come “*el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso*”<sup>23</sup>. La vaccinazione costituisce, secondo il giudizio della Corte, un'azione di carattere preventivo che

---

<sup>20</sup> Avverso tali misure, la legge n. 3/2020, del 18 settembre, aveva attribuito alle *salas* del contenzioso-amministrativo dell'Udienza nazionale e dei Tribunali superiori di giustizia delle Comunità Autonome la competenza ad autorizzare o ratificare le misure urgenti e necessarie per proteggere la salute pubblica adottate dalle autorità nazionali o autonome che comportassero una limitazione o restrizione dei diritti fondamentali, quando i destinatari non fossero stati identificati individualmente. Cfr. C. GUERRERO PICÒ, Servizio Studi – Area diritto comparato della Corte costituzionale, *Spagna – Il Governo approva il regio decreto-legge n. 8/2021 con misure urgenti in vigore dal 9 maggio 2021, dopo la fine dello stato di allarme*, del 07/05/2021, consultabile su [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni\\_corrente/Segnalazioni\\_1620394072543.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1620394072543.pdf).

<sup>21</sup> Tribunale supremo spagnolo, IV sez., n. 1112/2021, cit., punto 8. Il riferimento è alla decisione del Tribunale supremo n. 11 dell'8 aprile 1981.

<sup>22</sup> Cfr. C. DELGADO GARRIDO *¿Pasaporte para el ocio? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1112/2021, de 14 de septiembre, que avala la solicitud del “pasaporte Covid” en bares y restaurantes de Galicia*, in *Revista CESCO*, n.39/2021, p.53. A supporto della motivazione il Tribunale Supremo ha fatto anche riferimento al regolamento 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 in ordine al rilascio di certificati di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla Covid-19, al fine di agevolare la libera circolazione delle persone. È nel quadro di tali riferimenti normativi che gli Stati membri sono stati autorizzati a limitare la libertà di circolazione per motivi di salute pubblica. Cfr. Tribunale Supremo n.1112/2021 cit., punto 1, p.25.

<sup>23</sup> Tribunale Supremo spagnolo, IV sez., n. 1112/2021, cit., punto 8.

attenua la propagazione della pandemia, con un innegabile beneficio per la salute di tutti<sup>24</sup>, contribuendo alla diminuzione dei contagi e delle morti e impedendo il collasso degli ospedali, che possono continuare ad occuparsi delle malattie non necessariamente collegate alla diffusione del Sars-Cov-2.

Il collegamento tra la vaccinazione di massa e il principio di solidarietà, che nella Costituzione spagnola trova fondamento nell'art 2, determina, pertanto, un giudizio di prevalenza della protezione della salute collettiva sulla tutela della vita personale e familiare. Il Tribunale Supremo ha, quindi, affermato che, sulla base dell'attuale stato della scienza, per valutare l'idoneità delle misure adottate è sufficiente che esse siano efficaci, appropriate e proporzionate per tutelare la vita e la salute. È sulla base di questo giudizio di proporzionalità, ponderazione, necessità e idoneità delle misure adottate, utilizzando i criteri già delineati nella precedente decisione del 24 maggio 2021<sup>25</sup>, che è dichiarata la preminenza del bene giuridico della protezione della salute collettiva rispetto ai diritti dei singoli individui. Nella decisione pronunciata a maggio, il Tribunale supremo aveva, infatti, affermato che, nei giudizi resi sulla base del nuovo ricorso, venisse verificata la competenza dell'amministrazione ad adottare le misure restrittive e il fondamento legislativo che aveva giustificato l'intervento; che si dimostrasse, sulla base di dati concreti e con sufficiente chiarezza, che vi fosse un grave pericolo per la salute pubblica; che le restrizioni fossero definite da un punto di vista soggettivo, spaziale e temporale; che non vi fossero altre misure meno aggressive per affrontare l'emergenza e, infine, che i mezzi proposti fossero idonei e proporzionati rispetto al fine prefissato.

In passato, il Tribunale costituzionale aveva già considerato costituzionalmente giustificata una campagna di vaccinazione obbligatoria fondando la propria decisione su un giudizio di proporzionalità<sup>26</sup>, nel bilanciare la misura coercitiva e il diritto della integrità fisica. Il Giudice costituzionale, infatti, nel ratificare l'obbligo di vaccinazione imposto dall'autorità sanitaria dell'Andalusia

---

<sup>24</sup> Nell'ordinamento spagnolo, il diritto alla salvaguardia della salute trova il suo fondamento nell'art. 43 CE, in cui si attribuisce, ai pubblici poteri, tra l'altro, il compito di organizzazione e di tutela della salute pubblica attraverso modalità preventive e prestazioni di servizi essenziali. In attuazione di tali norme, la Legge organica n. 3 del 4 aprile 1986 sulle misure speciali in materia di salute pubblica dispone che le autorità sanitarie possono adottare misure speciali, quando lo esigano ragioni sanitarie di urgenza e necessità. La legge n. 14 del 25 aprile 1986, *General de Sanidad*, definisce come attività fondamentale del sistema sanitario la realizzazione di studi epidemiologici, così come la pianificazione e la valutazione sanitaria, considerate attività necessarie per orientare con maggiore efficacia la prevenzione dei rischi per la salute.

<sup>25</sup> Tribunale supremo spagnolo, IV sez., sala del contenzioso amministrativo, ric. Cass. n. 3375/2021. Cfr. C. GUERRERO PICÒ, Servizio Studi – Area diritto comparato della Corte costituzionale, *Prima decisione del Tribunale supremo sulle restrizioni da parte delle Comunità autonome dei diritti fondamentali dopo la fine dello stato di allarme*, 25/05/2021, consultabile in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni\\_corrente/Segnalazioni\\_1621959836000.pdf+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1621959836000.pdf+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it)

<sup>26</sup> Tribunale costituzionale spagnolo, Auto, del 24/11/2010, del Juzgado del Contenzioso-Amministrativo di Granada, n. 5, RJCA/2010/841.

nei confronti di bambini, i cui padri avevano negato l'accesso alla vaccinazione, ha considerato necessario verificare tre elementi, ossia il giudizio di adeguatezza della misura, valutando la relazione esistente tra il fine perseguito e il mezzo utilizzato; la sua necessità, intesa come idoneità per raggiungere il fine perseguito e il giudizio di proporzionalità in senso stretto, derivante dalla constatazione che dall'imposizione della misura i benefici per l'interesse generale fossero maggiori rispetto ad ipotetici pregiudizi per i vaccinati<sup>27</sup>.

Il *pasaporte covid* è, quindi, considerato dal Tribunale supremo la misura più efficace per garantire l'apertura dei locali di intrattenimento, tenuto conto della necessità di tutelare la salute collettiva, poiché idonea a determinare una considerevole riduzione del rischio di contagio al loro interno. In conclusione, non si riconosce mezzo più adeguato, tenuto conto delle circostanze, per salvaguardare la vita e la salute dei cittadini.

3. Anche nell'ordinamento francese il *Conseil constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi sul c.d. *passé sanitaire*, introdotto con la legge n. 2021-689 del 31 maggio 2021 relative à la *gestion de la sortie de crise sanitaire*<sup>28</sup> e il cui ambito di estensione è stato ampliato con la successiva legge del 25 luglio 2021<sup>29</sup>. Con la legge n. 2022-46 del 22 gennaio 2022, nell'ambito della politica di rafforzamento delle misure di gestione della crisi sanitaria, è stata, poi, nuovamente ampliata la funzione del *passé*, disciplinando un *passé* vaccinale, necessario per l'accesso a determinati luoghi e servizi, per tutti coloro che hanno compiuto i sedici anni di età<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Vacunas obligatorias* cit., p.11; cfr. L. SALAMERO TEIXIDÓ, *Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente*, in *Gaceta Sanitaria*, vol. 30., 2016, pp. 69-73. In merito alla responsabilità sugli effetti avversi che possono essere ricondotti alla somministrazione del vaccino, è riconosciuto il diritto all'indennità, pur non esistendo una specifica responsabilità dello Stato di carattere oggettivo, basata sulla verifica del nesso di causalità tra la vaccinazione obbligatoria e il danno, cfr. C. CIERCO SIEIRA, *Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población*, in *Derecho y Salud*, vol. 13, n. 2, 2005, pp. 234 ss.

<sup>28</sup> Il *passé sanitaire* originariamente doveva servire a regolare l'esercizio della libertà di circolazione e l'accesso delle persone "à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels". Il *Conseil constitutionnel*, con la decisione n. 2021-819 del 31 maggio 2021, ha rigettato tutte le questioni di costituzionalità sollevate dai ricorrenti sulla legge istitutiva del *passé sanitaire*.

<sup>29</sup> La legge del 25 luglio 2021 ha esteso la portata del *passé sanitaire* sia con riferimento ai soggetti obbligati ad esibirlo, sia con riferimento ai luoghi e alle attività in cui necessariamente deve essere richiesto. Cfr. G. GRASSO, *Il passé sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, in *DPCE online*, 3/2021, pp.2819 ss; S. Slama, *Les impasses juridiques du passé sanitaire*, in *RDLF* 2021, n. 26, consultabile in [revuedlf.com/droit-administratif/billet-dhumeur-les-impasses-juridiques-du-pass-sanitaire/](http://revuedlf.com/droit-administratif/billet-dhumeur-les-impasses-juridiques-du-pass-sanitaire/)

<sup>30</sup> La legge n. 2022-46 del 22 gennaio 2022 ha modificato la legge del 31 maggio 2021, subordinando all'esibizione di un *passé* vaccinale l'accesso, per coloro che hanno compiuto i sedici

Sebbene il rilascio del *pass sanitaire* era conseguente alla vaccinazione, al test negativo alla Covid-19 e all'avvenuta guarigione dalla malattia, i rilievi di costituzionalità presentati al Consiglio costituzionale hanno riguardato la sola legittimità costituzionale del *pass* sanitario e non anche l'obbligo di vaccinazione<sup>31</sup>. Allo stesso modo, il Consiglio costituzionale, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della legge n. 2022-46, ha specificato che la richiesta del pass vaccinale non integra un obbligo vaccinale, poiché il legislatore ha previsto, per ottenere il certificato, esenzioni e alternative rispetto la vaccinazione<sup>32</sup>.

L'obbligo della vaccinazione è stata prevista, salvo la presenza di specifiche contro indicazioni, per diverse categorie di lavoratori appartenenti non solo all'ambito sanitario, dalla legge n.2021-1040 nell'ambito delle misure di gestione della pandemia<sup>33</sup>. L'obbligo della vaccinazione può, infatti, essere imposto, nell'ordinamento francese, nel rispetto del principio della riserva di legge<sup>34</sup>, avuto riguardo alla constatazione di diverse circostanze, quali l'insufficiente copertura vaccinale della popolazione e la pericolosità della malattia da cui il vaccino deve proteggere.

In tal senso, il Consiglio costituzionale ha sottolineato la dimensione collettiva della protezione della salute<sup>35</sup>, riconducendo la politica di solidarietà nazionale in campo medico sanitario, tra cui vengono ricomprese le vaccinazioni

---

anni, a luoghi, edifici, servizi o avvenimenti nei quali si svolgono attività di divertimento e attività di ristorazione o di somministrazione di bevande, nonché alle fiere, ai seminari e ai saloni professionali, ai trasporti pubblici interregionali per gli spostamenti di lunga distanza e a certi grandi negozi e centri commerciali. Sulla legge si è pronunciato il *Conseil constitutionnel* con la decisione n. 2022-835 DC del 21 gennaio 2022.

<sup>31</sup> Il Consiglio costituzionale, con la decisione n.2021-824 DC del 5/8/2021, ha ribadito la legittimità costituzionale del *pass sanitaire*, come requisito per accedere a determinati luoghi e manifestazioni, definendo in che misura possa essere reso obbligatorio per lo svolgimento di alcune attività lavorative.

<sup>32</sup> *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2022-835 DC, cit., cons. 18-19. Il Consiglio costituzionale ha evidenziato che le disposizioni legislative che rafforzano le misure per gestire la pandemia non abbiano instaurato né un obbligo di cura, né un obbligo di vaccino. Il Consiglio ha ricordato, inoltre, che la legge ha previsto che con decreto, adottato dietro parere dell' *Haute autorité de santé*, siano individuati i casi in cui esistono controindicazioni mediche alla vaccinazione, prevedendosi per chi non può vaccinarsi il rilascio di un documento sostitutivo del pass vaccinale.

<sup>33</sup> Legge n. 2021-1040 del 5 agosto 2021, art. 12, paragrafo 1.

<sup>34</sup> Il primo obbligo vaccinale è stato imposto, nell'ordinamento francese, nel 1902 contro il vaiolo, poi tale obbligo è stato previsto anche per la difterite (1938), il tetano (1940) e la tubercolosi (1950) e la poliomielite (1964). Sono poi stati introdotti diversi vaccini raccomandati. Nel 2017, il legislatore ha introdotto undici vaccini obbligatori, modificando l'art. 3111-2 del codice della salute. Cfr. M.CL. PONTHEUREAU, EPRS, *Service de recherche du Parlement européen, Le droit à la santé, une perspective de droit comparé*, 2021, pp. 12 ss., consultabile al seguente link: [EPRS-comparativeLaw@europarl.europa.eu](mailto:EPRS-comparativeLaw@europarl.europa.eu), cfr. C. LANTERO, D. BRAUNSTEIN, *Sur la licéité d'une obligation vaccinale anti-covid - 2*, in *RDLF*, n. 25, 2021 consultabile al seguente link: [revuedlf.com/droit-administratif/sur-la-licéite-dune-obligation-vaccinale-anti-covid-2/](http://revuedlf.com/droit-administratif/sur-la-licéite-dune-obligation-vaccinale-anti-covid-2/).

<sup>35</sup> Consiglio costituzionale, decisione n. 2009-599, DC del 29 dicembre 2009, cons. 100 e 101.

obbligatorie, ai principi costituzionali previsti nel Preambolo della Costituzione del 1946<sup>36</sup>.

Il Consiglio costituzionale si è soffermato sul carattere collettivo del diritto alla protezione della salute in diverse decisioni<sup>37</sup> e lo ha definito «*comme objectif de valeur constitutionnelle*», contribuendo a sottolineare la duplice dimensione di questo diritto, individuale e collettiva. Conferma questo orientamento anche la decisione resa nel 2015<sup>38</sup>, in cui il Consiglio costituzionale, nel decidere sulla legittimità delle sanzioni da infliggere ai genitori che avevano manifestato il proprio diniego alla vaccinazione obbligatoria dei figli, ha nuovamente precisato che le finalità della salute pubblica riguardano «*la santé individuelle et collective*». Da ciò discende l'orientamento secondo cui l'obbligo vaccinale debba essere sempre correlato ai rischi, così come vanno sempre previste clausole di esonero poiché «*chacune de ces obligations de vaccination ne s'impose que sous la réserve d'une contre-indication médicale reconnue*»<sup>39</sup>. Il Consiglio costituzionale ha comunque affermato che resta compito del legislatore valutare e definire le politiche di vaccinazione, tenuto conto dell'evoluzione dei dati scientifici, medici ed epidemiologici<sup>40</sup>. Simile affermazione è contenuta nella recente decisione n. 2022-835, adottata con riferimento alla legge che disciplina il nuovo pass vaccinale<sup>41</sup>. Il Consiglio ha richiamato il principio della protezione della salute per sottolineare come il legislatore abbia valutato, sulla base delle conoscenze scientifiche, che per i vaccinati fosse minore sia il rischio di trasmissione del virus sia quello di ammalarsi in forma grave. Ha considerato la temporaneità della misura e ne ha giustificato l'adozione, perché idonea ad accedere in luoghi frequentati da un numero elevato di persone dove, pertanto, il rischio di contagio è alto ed escludendo i luoghi destinati ad «*activité politique, syndicale ou culturelle*». Ha, infine, valutato positivamente le garanzie previste dal legislatore e le alternative all'esibizione del pass, ribadendo che le misure adottate «*doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu*»<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> La Costituzione del 1958, come è noto, non contiene un catalogo di diritti, ma rinvia, nel proprio preambolo, a quello della Costituzione del 1946; è proprio in questo testo che è riconosciuto la protezione della salute. Un altro riferimento si riscontra nella Carta dell'ambiente del 2004, anche essa richiamata nel preambolo della Costituzione del 1958. È, poi, nella legge costituzionale n. 2005-205 relativa alla Carta dell'ambiente che, nell'art. 1, si prevede che «*chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé*». Questo riferimento normativo ha favorito un'interpretazione giurisprudenziale avente ad oggetto il diritto alla protezione della salute. Il codice della salute pubblica delinea, infine, il quadro giuridico di riferimento, che è andato evolvendosi nel tempo. Cfr. M.CI. PONTTHOREAU, *Le droit à la santé* cit., 6.

<sup>37</sup> Consiglio costituzionale, decisione n. 90-287, DC del 16 gennaio 1991; decisione n. 2002-463, DC del 12 dicembre 2002. Cfr. M.C. PONTTHOREAU, *EPRS Service de recherche du Parlement européen, Le droit à la santé*, cit., pp. 27 ss.

<sup>38</sup> Consiglio costituzionale, decisione n. 2015-458, QPC del 20 marzo 2015.

<sup>39</sup> Consiglio costituzionale, decisione n. 2015-458 QPC, cit., cons. 9.

<sup>40</sup> Consiglio costituzionale, decisione n. 2015-458 QPC, cit., cons. 10.

<sup>41</sup> Consiglio costituzionale, decisione n. 2022-835 DC, cit., cons. 14.

<sup>42</sup> Consiglio costituzionale, decisione n. 2022-835 DC, cit., cons.12-19. Il Consiglio dichiara,

Recentemente, il Consiglio di Stato<sup>43</sup> si è pronunciato sull'obbligo di vaccinazione contro la Covid-19, introdotto per una vasta categoria di persone individuate sulla base del lavoro svolto e sull'esistenza di condizioni di fragilità, dalla *loi du pays* della Polinesia francese n. 2021-37 del 23 agosto 2021. In questa occasione, resa ancora più delicata dalle tante difficoltà create dalla pandemia, il giudice amministrativo ha precisato che “*les dispositions critiquées ont apporté au droit au respect de la vie privée une restriction justifiée par l'objectif d'amélioration de la couverture vaccinale en vue de la protection de la santé publique, et proportionnée à ce but*”.

Il Consiglio di Stato ha ripreso i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte Edu in materia di obblighi vaccinali e rispetto della vita privata in base ai quali si giustifica una campagna di vaccinazione obbligatoria, nonostante possa costituire un'ingerenza nei diritti individuali, se è volta a tutelare la salute collettiva e se è proporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti. Il giudice amministrativo ha, quindi, valutato l'esistenza di una relazione sufficientemente favorevole tra i rischi derivanti per ciascun individuo dalla vaccinazione e i benefici, da considerarsi sia con riferimento ai singoli sia all'intera collettività, analizzando la gravità della malattia, la sua contagiosità, l'efficacia del vaccino e i rischi ad esso conseguenti, così come ha verificato l'esistenza di una clausola di esonero dal vaccino per chi abbia delle controindicazioni. Sulla base di tali valutazioni il Consiglio di Stato ha, pertanto, deciso che l'obbligo della vaccinazione fosse coerente e proporzionato rispetto al fine della protezione della salute collettiva<sup>44</sup>.

Già in precedenza il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulle sanzioni inflitte ai genitori che rifiutavano di vaccinare i propri figli, aveva considerato recessivo l'interesse degli alunni rispetto al diritto alla protezione della salute collettiva<sup>45</sup>, così come, pur riconoscendo che l'obbligo vaccinale fosse capace di limitare il principio dell'inviolabilità e dell'integrità del corpo umano, aveva

---

invece, la contrarietà alla Costituzione delle disposizioni che subordinano l'accesso a riunioni politiche alla presentazione del pass sanitario. Cfr. P. PASSAGLIA, Servizi studi di diritto comparato della Corte costituzionale, *Conseil constitutionnel, decisione n. 2022-835 DC del 21 gennaio 2022, Legge che rafforza gli strumenti di gestione della crisi sanitaria e che modifica il Codice della salute pubblica*, in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni\\_corrente/Segnalazioni\\_1642934536738.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1642934536738.pdf)

<sup>43</sup> Consiglio di Stato, decisione del 10 dicembre 2021, n. 456004. Cfr. E. MAUPIN, *L'obligation vaccinale en Polynésie approuvée par le Conseil d'État*, in *Dalloz Actualité*, 2022, consultabile in <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-obligation-vaccinale-en-polynesie-approuvee-par-conseil-d-etat>

<sup>44</sup> Va precisato che, nell'ordinamento francese, il Codice della salute pubblica prevede un sistema specifico di riparazione dei danni derivanti dall'obbligazione vaccinale, riconducendo il tema della riparazione dei pregiudizi derivanti dal vaccino al principio di solidarietà nazionale. Si affida, pertanto, all'*Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux* la competenza in materia di riparazione dei danni direttamente imputabili alla vaccinazione obbligatoria, cfr. Codice della salute, art. L3111-9, co.1: «*Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions mentionnées au présent titre, est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales institué à l'article L. 1142-22, au titre de la solidarité nationales*».

<sup>45</sup> Consiglio di Stato, 4 luglio 1958, *Graff et Epoux Reye*, *Recueil Lebon*, 415.

ribadito la prevalenza dell'interesse collettivo, senza riconoscere la violazione né della dignità umana né della libertà di coscienza<sup>46</sup>. In occasione, poi della legge che aveva istituito nuovi obblighi vaccinali nel 2017<sup>47</sup> il Consiglio di Stato, adito su ricorso contro i decreti di applicazione della legge, pur riconoscendo l'idoneità di tale obbligo di incidere sul diritto al rispetto della vita privata, lo ha giustificato «*par l'objectif poursuivi d'amélioration de la couverture vaccinale pour, en particulier, atteindre le seuil nécessaire à une immunité de groupe au bénéfice de l'ensemble de la population et proportionnée à ce but*»<sup>48</sup>. Il giudice amministrativo, pertanto, dopo avere considerato la gravità delle malattie per cui erano stati introdotti i vaccini e la loro efficacia al fine del raggiungimento della immunità di gruppo, ha ritenuto l'obbligo vaccinale proporzionato rispetto al fine della protezione della salute e rispettoso della dignità della persona e della libertà di coscienza.

Vi è da sottolineare che nella decisione del Consiglio di Stato sull'obbligo vaccinale introdotto dalla *loi du pays* della Polinesia francese n. 2021-37, prima richiamata, il giudice amministrativo non ha fatto più riferimento, come avvenuto nella giurisprudenza pregressa, all'idoneità del vaccino per il raggiungimento dell'immunità vaccinale. È da considerare, in effetti, che la peculiarità del virus Sars-Cov-2 di evolversi rapidamente in nuove varianti non agevola il conseguimento in tempi brevi di tale traguardo. Il giudice amministrativo si è, però, soffermato sull'efficacia positiva della vaccinazione, considerando che «*en l'état des connaissances disponibles, la vaccination réduit de 95 % le risque d'hospitalisation, les risques de circulation du virus sont réduits lorsqu'une personne est vaccinée et il ressort des travaux préparatoires de la « loi du pays » que la très grande majorité des personnes admises dans un service de réanimation ou décédées n'étaient pas vaccinées*»<sup>49</sup>.

5. Dall'esame della giurisprudenza spagnola e francese emerge il duplice significato attribuito alla protezione della salute. Le corti operano abitualmente un bilanciamento tra i diversi diritti fondamentali e accompagnano la prevalenza della salute collettiva alla constatazione di diverse circostanze che, laddove presenti, giustificano la restrizione del diritto alla vita privata e del diritto dell'integrità fisica, che normalmente, rappresentano i diritti che subiscono una maggiore limitazione dall'obbligo della vaccinazione. L'attenzione è però posta nei confronti di entrambe le dimensioni della protezione della salute, individuale e

<sup>46</sup> Consiglio di Stato, 26 novembre 2001, *Association Liberté Information Santé*, n. 222741

<sup>47</sup> Legge n. 2017-1836 del 30 dicembre 2017.

<sup>48</sup> Consiglio di Stato, 6 maggio 2019, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, n. 419442 e n. 415694. Cfr. J. M.: *Le contentieux lié à la Covid-19 devant le juge administratif*, R.D. sanit. soc., 2020, pp. 866; X. Bioy: *Vers la vaccination obligatoire contre la Covid-19? Que dit le droit de la santé? Que répondent les droits fondamentaux?*, in *Blog Le club des juristes*, 8 luglio 2021.

<sup>49</sup> Consiglio di Stato, decisione del 10 dicembre 2021, n. 456004, cit., cons.22.

collettiva. Il bilanciamento operato dai giudici delle corti supreme e costituzionali è attento al giudizio di proporzionalità, idoneità, necessità della misura adottata e si accompagna alla valutazione di diversi elementi quali la gravità della malattia, l'efficacia del vaccino, la presenza di una clausola di esonero dal vaccino. 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.

Nelle decisioni dei giudici delle supreme magistrature francesi si nota una maggiore uniformità rispetto alla giurisprudenza elaborata dalla Corte Edu: i criteri analizzati dai giudici sono, infatti, quelli elaborati dalla Corte Edu per giustificare l'obbligo vaccinale. Una spiegazione in tal senso può essere ritrovata nel compito attribuito, in Francia, a tutti i giudici ordinari e, nel più alto grado al Consiglio di Stato e alla Corte di Cassazione, di valutare la conformità delle leggi alla Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali. Si può, a proposito, ricordare la decisione della Grande Camera della Corte Edu, *Vavrička e altri c. Repubblica Ceca*<sup>50</sup> dell'8 aprile 2021, in cui la corte ha evidenziato come *“Lorsqu'il apparaît qu'une politique de vaccination volontaire est insuffisante pour l'obtention et la préservation de l'immunité de groupe, ou que l'immunité de groupe n'est pas pertinente compte tenu de la nature de la maladie (...), les autorités nationales peuvent raisonnablement mettre en place une politique de vaccination obligatoire afin d'atteindre un niveau approprié de protection contre les maladies graves”*. Nel caso specifico, le ingerenze derivanti dalla vaccinazione obbligatoria subite dai ricorrenti sono valutate come proporzionate e giustificate rispetto allo scopo che lo Stato intende raggiungere, ossia la protezione da gravi malattie infettive. La misura dell'obbligo vaccinale è, quindi, giudicata idonea anche con riguardo all'interesse dei singoli.

In particolare, la Corte Edu, verificata che l'imposizione dell'obbligo sia stata prevista dalla legge, la considera come «necessaria in una società democratica». Il riferimento alla democraticità della società non può che rimandare al principio della solidarietà, su cui si fonda una società che realmente si definisce democratica, perché attenta non solo ai bisogni dei singoli ma anche a quelli sociali. Il principio/dovere di solidarietà rappresenta un elemento che qualifica lo Stato costituzionale e che trova concretizzazione sia nelle politiche determinate dal legislatore, sensibile ai bisogni della collettività sia nella giurisprudenza delle corti, volta ad operare quel necessario bilanciamento tra i diritti, che, tenuto conto delle circostanze concrete, garantisca di volta in volta la prevalenza di uno rispetto all'altro.

In ordine, infine, alle incertezze che paiono ancora circondare il tema dei vaccini, si evidenzia la necessaria distinzione che deve porsi tra attività di sperimentazione in campo medico e la somministrazione di un vaccino che, per essere introdotto in commercio, deve superare i controlli delle autorità sanitarie e

---

<sup>50</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 8 aprile 2021, *Vavrička e altri c. Repubblica Ceca*, n. 47621.

farmacologiche e gli standards determinati a livello sovranazionale. Su tale punto la Corte Edu ha infatti affermato che *«il n'est pas contesté que les vaccins, bien que totalement sûrs pour la grande majorité des patients, puissent dans de rares cas s'avérer néfastes pour un individu et causer à celui-ci des dommages graves et durables pour sa santé»*<sup>51</sup>. L'innocuità del vaccino è infatti valutata attraverso un controllo permanente operato dalla farmacovigilanza; è un controllo che non si limita alla sola fase precedente l'approvazione del vaccino, ma che continua durante la fase di somministrazione, attraverso lo studio delle possibili controindicazioni (vaccinovigilanza). Inoltre, la proporzionalità della misura è soggetta ad un'attenta valutazione da parte del legislatore, che tenuto conto dell'evoluzione dei dati scientifici ed epidemiologici può modificare le politiche sanitarie, così come accaduto in tutti i paesi nel passato.

Gli orientamenti giurisprudenziali riconoscono, pertanto, che l'obbligo vaccinale determini dei limiti al diritto all'integrità fisica, all'autodeterminazione, alla vita privata, ma al contempo non si possono perdere di vista gli obiettivi delle politiche sanitarie degli Stati, che hanno come finalità la protezione della vita di tutta la collettività, senza per questo far venire meno la tutela della salute dei singoli.

---

<sup>51</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 8 aprile 2021, *Vavříčka et altri*, cit., §301.



# Due anni di pandemia in Italia. Libertà e autorità

di Felice Blando

Sommario: 1. Premessa. – 2. La limitazione dei diritti fondamentali: un *unicum* nella storia della Costituzione repubblicana del 1948. – 3. Una catastrofe dal volto inedito. I limiti della critica alle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19. – 4. Obbligo della vaccinazione e tutela della salute. Criticità del certificato verde. – 5. “Diritto costituzionale dell'emergenza”. L'emergenza secondo una versione esplicativa ed attuativa della Costituzione: le indicazioni ricavabili dalla dottrina tedesca. Un falso problema: il ritorno dello Stato autoritario.

## 1. *Premessa*

Con l'ordinanza n. 38 del 17 gennaio 2022, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana è intervenuto sulla questione inerente la vaccinazione obbligatoria per il Covid-19, imposta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario<sup>1</sup>.

Il CGARS, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma in oggetto, ordina al Ministero della Salute di compiere una complessa istruttoria relativa ad una serie di profili tecnico-scientifici e di produrre una relazione al fine di fornire al Collegio gli elementi necessari per un'eventuale rimessione al giudice delle leggi.

L'ordinanza istruttoria, venendo senza indugi alla questione che qui si vuole esaminare, è meritevole di critica perché – come rilevato anche da Guido Corso e Marco Mazzamuto<sup>2</sup> – presta il fianco a un difetto di una visione di insieme della vicenda pandemica. Come si vedrà, misconoscerlo equivale, infatti, in buona sostanza, a obliterare il dato di fondo che la Costituzione garantisca un solidissimo fondamento normativo all'obbligo vaccinale e a tutti gli interventi politico-amministrativi di regolazione della vicenda pandemica.

## 2. *La limitazione dei diritti fondamentali: un unicum nella storia della Costituzione repubblicana del 1948*

L'Italia si è inizialmente mossa con cautela nell'adottare misure di contenimento della pandemia, forse anche perché – come in molti altri Paesi – il rischio effettivo di diffusione del virus non è stato subito percepito. Si è quindi agito per

---

<sup>1</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. Giur., 17 gennaio 2022, n. 38, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), *Focus – Osservatorio di diritto sanitario*, n.5/2022, con osservazioni di A. CAUDURO.

<sup>2</sup> Interventi al webinar su Pandemia e obbligo vaccinale. Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022.

aggiustamenti progressivi e in un crescendo di divieti man mano che si acquisiva consapevolezza della criticità della situazione e la definizione della fattispecie è diventata progressivamente più precisa. Un ruolo da protagonista nella strategia di contenimento da contagio è stato, ed è tuttora, svolto dal Governo, che già a febbraio-marzo 2020 aveva predisposto la «catena normativa»<sup>3</sup> *dichiarazione dello stato di emergenza nazionale ai sensi dell'art. 24 del Codice della Protezione Civile - decreto legge - provvedimenti amministrativi attuativi* (con la preponderanza dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri), da allora costantemente aggiornata.

La fine del Governo Conte II ha comportato, sul piano della risposta giuridica, l'attenuazione nella disciplina della pandemia dell'uso dei decreti del Presidente del Consiglio, nonostante che la soluzione tecnica sia stata ritenuta dalla Corte costituzionale conforme ad alcuni principi immanenti all'ordinamento giuridico<sup>4</sup>. Il Governo Draghi, al momento, ha concentrato la sua azione politica di contrasto alla pandemia con l'introduzione della certificazione verde (c.d. *green pass*) (decisa dal d.l. n. 52/2021, poi modificato dai dd.ll. nn. 127/2021, 172/2021, 229/2021); l'estensione dell'obbligo vaccinale (d.l. n. 172/2021); la rimodulazione del meccanismo di classificazione delle zone bianche, gialle, arancioni e rosse (effettuata dal d.l. n. 105/2021).

Nessuna delle situazioni soggettive costituzionalmente garantite è rimasta estranea alla vicenda emergenziale sanitaria (artt. 13-54 Cost.). Una simile massiccia limitazione dei diritti e delle libertà costituzionali costituisce un *unicum* nella storia italiana del secondo dopoguerra ed era ritenuta fino ad oggi inammissibile dalla dottrina<sup>5</sup>. Non sorprende quindi che essa abbia comportato immediatamente diverse manifestazioni di protesta e un acceso dibattito dottrinale, al quale si sono contrapposti molti giuristi, invocando con toni molto decisi la sostenibilità delle misure di contenimento nel loro complesso e il rispetto del sistema delle fonti e dei principi dello Stato di diritto<sup>6</sup>.

Il prolungarsi nel tempo delle misure limitative dei diritti e delle libertà costi-

<sup>3</sup> Per la nozione di catena normativa dell'emergenza e per la sua legittimità con il sistema delle fonti del diritto si v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), p. 3 ss. L'anomalia del sistema delle fonti emergenziali è all'opposto sostenuta da S. STALANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in [www.rivistaic](http://www.rivistaic), n. 2/2020, p. 536 ss., che rileva frammentazione, asistematicità, conflitto. Per una sintesi efficace sulle caratteristiche ed i meccanismi delle fonti di governo della pandemia si v. M. PALLANTE, *Pandemia, sicurezza, democrazia*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 6 dicembre 2021, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Corte Cost., sent. n. 198 del 2021 (su cui v. M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza Covid. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 25, 2021).

<sup>5</sup> Cfr., in modo esemplare, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [www.unicost.it](http://www.unicost.it).

<sup>6</sup> In una letteratura, manco a dirlo, sterminata segnalò, per la sua illuminante essenzialità, un breve scritto di U. DE SIERVO, *Il contenimento di covid-19: interpretazioni e costituzione*, Modena, 2021, *passim*. Per una sintesi delle diverse posizioni sia consentito il rinvio a F. BLANDO, *Stato, emergenza e diritto alla vita*, in corso di pubblicazione presso questa *Rivista*, fasc. 3/2021.

tuzionali, invero, incide sull'esito della ponderazione con gli interessi contrapposti e con i diritti fondamentali coinvolti; inoltre, le conoscenze tecnico-scientifiche sempre maggiori sui rischi e sui possibili rimedi limitano l'esercizio della discrezionalità delle scelte. Il giudizio sulla compatibilità delle misure, pertanto, non viene cristallizzato una volta per tutte, ma implica un elemento dinamico, che si ripercuote sull'ampiezza della discrezionalità normativa e amministrativa.

Dopo due anni di pandemia occorre procedere con obiettività e distacco, perché nel campo delle scienze umano-sociali, quando si affrontano problemi complessi e nuovi, nel proporre soluzioni efficaci, non vi è possibilità di avvalersi di una previa sperimentazione. La consapevolezza critica delle soluzioni accompagna sempre il giurista, che non scambia le mete precarie con verità esaustive e intangibili. Solo l'esperienza dirà a posteriori se le misure hanno prodotto benefici o danni.

### 3. *Una catastrofe dal volto inedito. I limiti della critica alle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19*

La pandemia del Coronavirus presenta un volto inedito rispetto alle tradizionali calamità naturali come terremoti, inondazioni, eruzioni vulcaniche; perché essa non è più solo un fatto esogeno alla natura; diventa un fatto politico, in quanto i danni e le rotture che provoca possono e devono essere attribuiti alle discipline dettate dai Governi<sup>7</sup> (in luogo dei Parlamenti) e alle loro risposte tempestive o comunque adeguate.

All'inizio della pandemia molte misure di contenimento pesantemente restrittive, come l'ordine di restare a casa, si sono rilevate condivise, accettate e rispettate dalla totalità della popolazione. Esse non hanno solo limitato la libertà personale, di circolazione e soggiorno, di riunione e così via. Hanno anche accresciuto e comunque reso più visibili i conflitti di interessi e di ragioni tra vari tipi e categorie di persone. Milioni di lavoratori dipendenti (delle botteghe, dei ristoranti, di aziende private, etc.) e di piccoli imprenditori autonomi sono stati messi fuori mercato, mentre i lavoratori statali o chi godeva del privilegio di lavorare da casa non hanno corso alcun rischio economico. Nella loro attuale forma, le politiche pubbliche legate al PNRR sono ben lungi dall'essere in grado

---

<sup>7</sup> Cfr. A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), fasc. III/2021, p. 848, laddove afferma la capacità dell'emergenza di «provocare la manifestazione di nuove forme del potere del Governo, da fondare e da circoscrivere al contempo, però, nel quadro esistente delle attribuzioni costituzionali ex art. 77 Cost., facendo in ogni caso salve le garanzie – politiche, istituzionali e giuridico-costituzionali – apprestate dalla Costituzione: si tratta di un equilibrio tra i poteri prezioso, del quale dovremmo tenere salda memoria».

di compensare queste e altre gravi disuguaglianze in materia di occupazione e di reddito<sup>8</sup>. Per il momento, le politiche pubbliche rispondono alla crisi producendo enormi volumi di finanziamenti di emergenza, per sussidi, prestiti e trasferimenti.

Più la pandemia si è prolungata, e più sono stati i danni e le sofferenze di ogni ordine che ha inflitto, più questo è stato attribuito alle politiche adottate e alle misure normative, piuttosto che ai fatti riconducibili alla natura, che hanno innescato il processo. Le contestazioni per la negazione della libertà – dalla libertà di iniziativa economica privata al diritto al lavoro e alla libertà di religione – sono divenute sempre più manifeste, e in molti cercano di convincere l'opinione pubblica che il diritto alla vita e all'accesso alle strutture mediche di rianimazione non meritano la priorità assoluta su tutti gli altri diritti. Emergono rivendicazioni secondo cui la prevenzione attraverso i vaccini porti a risultati peggiori della stessa malattia. Il discorso viene riformulato in modo da evidenziare tutti i tipi di danni associati ai vaccini e in modo da diffondere dubbi sui loro benefici universali. Un numero crescente di giuristi e di giudici sembrano concordare sul fatto che i vaccini non siano indispensabili alla sopravvivenza della popolazione; anche se così fosse e se essi fornissero protezione aggiuntiva, ciò si applicherebbe comunque solo in base ad una sperimentazione non sicura e non garantita dai protocolli tradizionali adottati per gli altri vaccini<sup>9</sup>.

Intorno al rapporto tra diffusione della malattia e contrasto alla stessa attraverso i vaccini si sta diffondendo una curiosa amnesia tra molti commentatori, che si sono abbandonati a ipotesi allarmate, perché sarebbe in corso un allontanamento dalla situazione precedente, dipinta come socialmente molto più pregevole di quella caratterizzata dalla presenza dell'attuale politica di vaccinazione. Dopo il simbolico "Vaccine Day" del 27 dicembre 2020, in Italia inizia la campagna vaccinale. Nel solo anno solare 2021 verranno somministrate oltre 110 milioni di dosi. Riduzioni nel numero di nuovi casi, diminuzione dei ricoveri e blocco della trasmissione virale sono tra i principali effetti dovuti alla vaccinazione. Nonostante le varianti sempre più contagiose i vaccini cominciano a far cambiare la traiettoria della pandemia. I risultati che arrivano dal nostro Paese e da tutte le nazioni con elevata copertura vaccinale mostrano come all'aumentare dei casi non corrisponde più la stessa proporzione di ricoveri e decessi. I vaccini funzionano ed evitano migliaia di decessi<sup>10</sup>. Quel che in realtà i più recenti critici del ricorso alla vaccinazione, quale mezzo privilegiato per far fronte all'emergen-

<sup>8</sup> Così, fra i molti, M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), parte I, fasc. 2/2021.

<sup>9</sup> Di particolare interesse perché oltre ad affermazioni generali affronta la concreta e complessa problematica A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 3/2021, p. 432 ss.

<sup>10</sup> Cfr. D. BANFI, *Covid-19: i fatti da ricordare nel secondo anno di pandemia*, in [www.fondazioneveronesi.it](http://www.fondazioneveronesi.it), 31 dicembre 2021.

za sanitaria, e del connesso strumento della c.d. certificazione verde lamentano è che «scienza e diritto non abbiano ancora inventato la macchina del tempo, così da fare un balzo nel futuro per valutare scientificamente, con esattezza, gli effetti del virus»<sup>11</sup>.

Importante è sul punto la traccia aperta in Spagna dal Tribunale Supremo, IV, del 14 settembre 2021, n. 1112, in tema di *pasaporte Covid*: «non si può chiedere che, secondo l'attuale stato della scienza, un intervento normativo ai fini del contenimento della pandemia sia infallibile nell'impedire in modo assoluto qualunque tipo di contagio, dovendosi, invece, ritenere idoneo un intervento efficace, appropriato e proporzionato alla finalità della protezione della vita e della salute»<sup>12</sup>. A proposito del quale primato, deve ricordarsi come, in modo del tutto speculare, la decisione del Consiglio di Stato (2 dicembre 2021), relativa all'obbligo di vaccinazione del personale sanitario, affermi che di fronte a «dubbi individuali o di gruppi di cittadini sulla base di ragioni mai scientificamente provate», deve opporsi che, «soltanto la massiva vaccinazione anche e anzitutto di coloro che entrano in servizio ordinariamente in contatto con altri cittadini specie in situazione di vulnerabilità, rappresenta una delle misure indispensabili per ridurre, anche nei giorni correnti, la nuova emergente moltiplicazione dei contagi, dei ricoveri, delle vittime e di potenzialmente assai pericolose nuove varianti; quanto ora sottolineato, anche sotto il profilo del danno irreparabile, indica che, semmai, esso sarebbe incomparabilmente più grave per la collettività dei pazienti e per la salute generale, rispetto a quello lamentato dall'operatore sanitario sulla base dei dubbi scientifici certo non dimostrati a fronte delle amplissimamente superiori prove con l'erogazione di decine di milioni di vaccini solo nel nostro Paese, degli effetti positivi delle vaccinazioni sul contrasto alla pandemia e alla sue devastati conseguenze umane, sociali e di privazione della solidarietà quale principio cardine della nostra Costituzione»<sup>13</sup>.

La circostanza che principi costituzionali (vita, salute, solidarietà) vengano invocati come fonte di legittimazione etico-politica assume un significato particolare se posto accanto all'indubbio *deficit* di plausibilità scientifica di cui il fronte dei critici del vaccino soffre, lasciando chiaramente intravedere un filone giurisprudenziale di gestione della pandemia conforme a quanto propugnato dalla maggioranza della comunità scientifica. Nondimeno, come si accennerà più avanti, la lotta al virus non può accontentarsi delle aule dei tribunali (anche costituzionali) ma è necessario che passi attraverso le aule parlamentari.

---

<sup>11</sup> Incisivamente continua I. MASSA PINTO (*Volete la libertà? Eccola*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 30 luglio 2021, p. 4) che «Solo una – ovviamente impossibile – valutazione scientifica giustificerebbe, a parer loro, l'imposizione degli obblighi. Ma oggi quegli effetti sul lungo periodo non sono evidentemente valutabili, se non – legittimamente – dal punto di vista politico». In una valutazione di natura politica, invero, incorre proprio l'ordinanza n. 38 del 2022 del CGARS.

<sup>12</sup> La sentenza del Tribunale spagnola è richiamata al punto n. 8.1 dall'ordinanza n. 38 del 2022 del CGARS.

<sup>13</sup> Cons. Stato, Sez. III, decreto, 2 dicembre 2021, n. 6401, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), *Focus – Osservatorio di diritto sanitario*, n.5/2022, con osservazioni di A. COLANTE.

#### 4. *Obbligo della vaccinazione e tutela della salute. Criticità del certificato verde*

L'introduzione dell'obbligo vaccinale per gli esercenti professioni sanitarie si deve, come già detto sopra, all'art. 4 del citato d.l. n. 44/2021. Di seguito, l'art. 2 del d.l. n. 122/2021 ha esteso tale misura al personale delle rsa e, successivamente, l'art. 2 del d.l. n. 172/2021 ha allargato le maglie del vincolo sino a includervi il personale della scuola e di tutte le strutture di istruzione e formazione, del comparto difesa, della sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, dei servizi di sicurezza, di tutte le strutture sanitarie e sociosanitarie, degli istituti penitenziari. Il d.l. n. 52/2021, ha subordinato l'accesso ai mezzi di trasporto pubblico e il loro utilizzo al possesso delle certificazioni verdi (c.d. green pass), i successivi dd.ll.nn. 172/2021 e 229/2021 sono intervenuti nuovamente sulla disciplina della certificazione verde, allargando le restrizioni a carico di coloro che sono sprovvisti delle certificazioni in questione (c.d. *super green pass*).

Delicati problemi solleva l'interpretazione di queste disposizioni, legati in parte ad un problema di *finium regundorum* tra le norme costituzionali, provocato ed acuito da discipline in cui finalità e procedimenti non sono ben chiari e che muovono da nuove consapevolezze e problemi solo recentemente emersi dal contesto pandemico in cui tutti ci troviamo coinvolti<sup>14</sup>.

In primo luogo, va ribadito che il problema dei trattamenti sanitari deve essere affrontato in *primis* alla luce dell'art. 32 Cost., tenendo in conto che: *a*) dalla lettura coordinata del primo e del secondo comma dell'art. 32, la maggior parte della dottrina ricava l'esistenza di una situazione individuale di libertà negativa, cioè un diritto di libertà avente ad oggetto la non ingerenza della autorità nella sfera della propria salute; *b*) la nozione di trattamento sanitario unanimemente accolta è latissima, ricomprendendosi ogni attività diagnostica o terapeutica, volta a prevenire, o a curare malattie, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione ed in modo da assicurare il consenso e la partecipazione degli obbligati<sup>15</sup>.

A fianco di questi principi, su cui da tempo si ritrova un ampio accordo, un ulteriore punto fermo che si ricava dalla norma costituzionale è la necessità della espressa previsione legislativa per i trattamenti sanitari obbligatori (una riserva di legge unanimemente ritenuta relativa), e che vi sia la sussistenza contempora-

<sup>14</sup> Esempio e di grande interesse Cons. Stato, Sez. III, sentenza, 20 ottobre 2021, n. 7045, che è da considerare la vera svolta in tema di vaccinazione obbligatoria a difesa del Covid-19, anche perché inquadra in una forte prospettiva costituzionale profili inerenti scienza e trattamenti sanitari, discrezionalità tecnica, carattere qualitativo e individuale della pratica medica, v. il commento di V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in [www.osservatoriocostituzionale.it](http://www.osservatoriocostituzionale.it), fasc. 6/2021, p. 286.

<sup>15</sup> Si rinvia per un quadro dei vari e contrastanti orientamenti, nell'ambito di una letteratura assai vasta, ai fondamentali saggi di V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 561 ss. e di S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *ivi.*, 1979, p. 900 ss.

nea dei due requisiti della finalizzazione del trattamento sanitario alla salute del singolo sottoposto e alla salute collettiva: solo in questo caso la legge potrebbe imporre trattamenti sanitari<sup>16</sup>.

Alla luce di quanto finora esposto è da escludere che l'attuale disciplina sulla vaccinazione anti-covid eluda gli obblighi che l'art. 32 della Costituzione impone al legislatore. Ma, a ben vedere, questo modello riveste ormai la dignità di un paradigma generale là dove anche un tipo di obbligo vaccinale generalizzato farebbe escludere la possibilità di invocare la violazione dell'art. 32 Cost., avendo la giurisprudenza della Corte costituzionale mantenuto ferma la premessa che la pratica in oggetto deve essere letta alla luce del contesto storico-concreto nel quale s'inserisce: benché si tratti di vaccini autorizzati con la regolata procedura d'emergenza – c.d. autorizzazione all'immissione in commercio condizionata –, la situazione pandemica in atto, che giorno dopo giorno ci fa assistere a uno stillicidio di morti, non getterebbe ombre della legittimità costituzionale di un ipotetico obbligo giuridico in luogo delle cangianti forme di persuasione messe in atto. Per la Corte, in quanto «strumento di flessibilizzazione», «la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso»<sup>17</sup>. Ovviamente, chiariti questi punti essenziali, la esatta delimitazione delle prestazioni ammissibili rispetto a quelle lesive del diritto alla salute può essere effettuata solo in concreto, caso per caso, e resta quindi affidata alla Corte costituzionale nell'esercizio del sindacato esclusivo sulla costituzionalità delle leggi.

Tuttavia, sul punto è necessario intendersi: mi sembra, invero, difficile negare che dal punto di vista politico sarebbe opportuno imporre, con una legge approvata ad ampia maggioranza dal Parlamento, la vaccinazione a tutti. Uno Stato democratico deve sapersi assumere la responsabilità di limitare la libertà dei cittadini quando le circostanze lo impongono: ma lo fa in modo limpido, diretto e nel rispetto delle procedure costituzionali. Dal punto di vista dei principi dello Stato di diritto è pericoloso affrontare il problema così come si è fatto, e cioè attraverso misure surrettizie che limitano le libertà fondamentali del cittadino, pur preservando in astratto la libertà di non vaccinarsi: di pericoloso c'è tutta la distanza che separa il limitare in via di fatto una libertà giuridica (certificazione verde)<sup>18</sup> dal limitare una libertà giuridica in forma legale (obbligo vaccinale)<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Tutt'ora attuale B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, spec. p. 52 ss.

<sup>17</sup> Corte cost., sent. n. 5 del 2018 (ma v. anche la sent. n. 268 del 2017).

<sup>18</sup> Resta probante, invece, il riferimento all'art. 3 Cost. e che, la distinzione tra chi è in possesso della certificazione e chi no, è indubbiamente esente da profili discriminatori (così, esattamente, A.M. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 21/2021, p. ix).

<sup>19</sup> V. Corte cost., ord. n. 15 del 2022, che ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzione promosso da alcuni membri del Parlamento, sprovvisti di certificazione verde, nei confronti del Governo, in riferimento al citato d.l. n. 229/2021. I Ricorrenti lamentavano che la previsione

5. *“Diritto costituzionale dell'emergenza”. L'emergenza secondo una versione esplicativa ed attuativa della Costituzione: le indicazioni ricavabili dalla dottrina tedesca. Un falso problema: il ritorno dello Stato autoritario*

L'impatto della vicenda pandemica sulla nostra Costituzione è stato molto duro: e sebbene, alla fine, abbia prevalso l'idea secondo cui la recente disciplina adottata per far fronte all'emergenza sarebbe perfettamente compatibile con i valori fondamentali della Costituzione, non vi è dubbio che dobbiamo essere messi in guardia contro gli usi dispotici che i Governi possono essere tentati di fare delle misure che adottano in nome della protezione della nostra salute e della nostra vita.

Abbiamo già detto come in una prima fase le misure di contenimento sono state molto «efficaci» e accettate dalla maggioranza della popolazione ma che, come molteplici fatti di cronaca mostrano, anche in Italia, nel bene e nel male, si sia acuito il conflitto sociale sulla gestione della pandemia<sup>20</sup>. La teatrale manifestazione dei negazionisti nella capitale, conclusasi con l'assalto alla sede della Cgil da parte di esponenti del movimento Forza Nuova, ha riaperto il dibattito sulla disciplina di associazioni o partiti incompatibili con l'ordinamento costituzionale<sup>21</sup>. Dopo i fatti di “Trieste”, dove la protesta di portuali e no vax ha determinato gravi disordini e rialzo dei contagi, il Ministro dell'interno ha emanato una direttiva (10 novembre 2021, cd. direttiva Lamorgese), con cui, è stata attribuita alle autorità di pubblica sicurezza il potere di limitare le manifestazioni contro l'emergenza sanitaria a tutela dello «svolgimento delle attività lavorative» e della «mobilità dei cittadini», estendendo tale potere in modo forse eccessivo

---

del *super green pass* impediva loro di recarsi a Roma per svolgere le proprie funzioni, fra le altre la partecipazione alle prossime elezioni del Presidente della Repubblica (ma v. anche l'ord. n. 256 del 2021).

<sup>20</sup> Giustamente sottolinea, ad. es., A. ALGOSTINO, *La libertà di manifestazione e l'ossimoro della democrazia senza conflitto. Considerazioni intorno alla “direttiva Lamorgese”*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 30 dicembre 2021, p. 7, essere evidente «sul retroterra delle manifestazioni “no vax” e “no green pass” [...] la necessità di ripartire dall'emancipazione, insieme personale e sociale, dalla ricostruzione del legame sociale, dalla lotta alle disuguaglianze, da una partecipazione che dia anima alla democrazia attraverso l'espressione dei conflitti, dai principi del costituzionalismo».

In generale, «occorre guardare alla possibilità di interpretare l'evento pandemico nella prospettiva del potenziale ri-adattamento della Costituzione, rinunciando, al contempo, ad identificare il collasso dell'ordine economico, sociale e ambientale del progetto di emancipazione penato dai Costituenti», cosicché, «attuare la Costituzione significa oggi recuperare il pluralismo ed il conflitto sociale che costituiscono le forze motrici di ogni processo democratico», osservano G. BUCCI e M. DELLA MORTE, *Dopo la Pandemia: il futuro e la memoria costituzionale*, [www.osservatoriocostituzionale.it](http://www.osservatoriocostituzionale.it), fasc. 1/2022, p. 72; p. 76.

<sup>21</sup> V. le convergenti riflessioni di B. CARAVITA, *La legge Scelba? Non va usata per tentati golpe*, in «il Riformista», del 13 ottobre 2021; e di S. CURRERI, *Sullo scioglimento di Forza Nuova e, più in generale, delle forze politiche che agiscono con metodo non democratico*, in [www.lacostituzioneinfo.it](http://www.lacostituzioneinfo.it), 19 ottobre 2021.

anche «per manifestazioni pubbliche attinenti ad ogni altra tematica»<sup>22</sup>. Anche in questi contesti sarebbe buona regola che qualsiasi autorità democratica evitasse l'imposizione come tecnica di governo e puntasse sul convincimento e il coinvolgimento.

Abbiamo letto in questi due anni diverse interpretazioni secondo cui l'emergenza è stata usata strumentalmente dal Governo per sottomettere i cittadini e agire con mezzi *extra ordinem* non previsti dalla Costituzione. Sono interpretazioni tutt'altro che prive di fondamento, nel senso che molte forze politiche hanno creato allarmismo laddove non era giustificato, ma anche eccessive: i casi in cui concretamente si è deciso con atti *extra ordinem*<sup>23</sup> sono stati, almeno nel nostro ordinamento e finora, pressoché inesistenti e confinati nella sola ipotesi dell'art. 2 del d.l. n. 6 del 2020 («Le autorità competenti, con le modalità previste dall'art. 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'art. 1, comma 1»), abrogato, dopo un breve lasso di tempo, dal d.l. n. 19 del 2020, che poneva così rimedio al grave difetto di determinatezza della norma abrogata.

Il rapporto tra Costituzione e pandemia esige 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. Dopotutto i regimi democratici suppongono anche situazioni estreme, in cui è in gioco la salvezza della società e dei suoi membri e si deve decidere con immediatezza. Per trovare un adeguato livello di consapevolezza metodologica riguardo al problema rappresentato dalla emergenza nei sistemi giuridici moderni, è necessario svolgere lo sguardo in direzione della Germania.

La questione è impostata nella prospettiva corretta da Peter Häberle: la condizione di emergenza dello Stato appartiene alle istituzioni «normali» dello Stato costituzionale, «non essendo di per sé in contraddizione con lo Stato costituzionale». Non solo. Per Häberle l'idea della «ultima ratio» cioè «del divieto di eccesso (non proporzionalità) deve guidare tutte le misure di emergenza, ad es. l'interruzione delle competenze normali del parlamento a favore dell'esecutivo

---

<sup>22</sup> Su cui cfr. G. MENEGUS, *No green pass e libertà di riunione: confusion will be my epitaph*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 13 novembre 2021. Di violazione manifesta dell'art. 17 Cost. discorrono M. PALLANTE, *Pandemia, sicurezza, democrazia*, cit., p. 23, e A. ALGOSTINO, *La libertà di manifestazione e l'ossimoro della democrazia senza conflitto*, cit., p. 3.

<sup>23</sup> Su questa tipologia di fatti normativi *extra ordinem* la cui idoneità a creare diritto non può che affermarsi *ex post*, alla stregua della «effettività» delle norme che ne derivano v., con esemplare chiarezza, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., vol. II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti)*, Padova, 1971, p. 145 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 19 ss. e p. 540 ss. (il quale ritiene che gli «accadimenti che risultino concretamente capaci di operare come fonti *extra ordinem* in tale loro veste si presentano sempre come fatti, anche se per altro verso possano essere considerati come atti giuridici» (ibidem, 543).

(concentrazione dei poteri) oppure la limitazione o sospensione temporanea dei diritti fondamentali. E se è così, osserva Häberle, «è all'interno di queste rigide condizioni il primato della costituzione scritta richiede la sospensione della costituzione solo in parti, per poter ristabilire la sua validità illimitata»<sup>24</sup>.

Che il potere in via presidenziale (art. 48, comma secondo, Costituzione di Weimar) di sospendere le leggi costituzionali durante lo stato d'emergenza non possa andare esente da limiti era già stato sostenuto, e per primo, da Carl Schmitt nella sua *Verfassungslehre*, pubblicata nella prima edizione del 1928<sup>25</sup>. Il senso di questa teoria sta nella idea che anche il Presidente del Reich eserciterebbe un potere giuridicamente fondato, conferitogli dalla Costituzione che invero non «tocca le decisioni politiche fondamentali e la sostanza della costituzione, ma è proprio al servizio della salvaguardia e del ripristino di questa»<sup>26</sup>. Di conseguenza, si badi, sarebbe «insensato dedurre dalla inviolabilità della costituzione una inviolabilità di ogni singola legge costituzionale e in ogni singola disposizione legislativa costituzionale vedere un ostacolo invalicabile per la protezione della costituzione nel suo complesso»<sup>27</sup>. Ma non è men chiaro in Schmitt che questo si paleserebbe nel porre la «singola legge al di sopra dell'insieme della forma di esistenza politica e volgere il senso e lo scopo dello stato di emergenza *nel suo contrario*»<sup>28</sup>. La teoria acquisisce dunque contorni precisi: il potere di emergenza si fonda sul bisogno di salvaguardare il nucleo fondamentale su cui si fonda la legittimità della Costituzione, ma il detentore di tale potere non può disporre fino in fondo della Costituzione, perché altrimenti finirebbe con il porre in discussione il solo fondamento in virtù del quale è legittimato ad agire.

<sup>24</sup> I passaggi riportati nel testo sono tratti da P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale* (2001), trad. it. di F. Politi e S. Rossi, Roma, p. 273, che si riallaccia al pensiero di K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, 1999.

<sup>25</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 46, p. 155 ss., p. 236 ss., p. 241 ss. L'art. 48, secondo comma, stabiliva che «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine o della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153». La norma prevedeva la possibilità di sospendere in tutto o in parte sette articoli della Costituzione, che garantivano i diritti fondamentali: 114 (libertà personale), 115 (inviolabilità di domicilio), 117 (segretezza di corrispondenza), 118 (libertà di manifestazione del pensiero), 123 (libertà di riunione), 124 (libertà di associazione), 153 (proprietà privata). Il terzo comma aggiungeva poi che le misure così adottate dovevano essere portate senza indugio a conoscenza del Reichstag ed essere revocate ove questo lo richiedesse. Anche gli studiosi più attenti e puntuali (cfr. già C. MORTATI, *La costituzione di Weimar*, Firenze, 1946, pp. 106-107) ritengono che un limite naturale all'esercizio dei poteri affidati alla discrezionalità del Presidente del Reich doveva vedersi nella necessità della conservazione della struttura democratica e repubblicana della costituzione, essendo solo il «fine della salvaguardia dello spirito della costituzione che può giustificare la violazione delle singole disposizioni».

<sup>26</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 46.

<sup>27</sup> C. SCHMITT, *op. loc. cit.*

<sup>28</sup> C. SCHMITT, *op. loc. cit.* (il corsivo è nostro).

Incidentalmente: queste acquisizioni di Schmitt sulla Costituzione di Weimar si pongono in netta discontinuità con quelle raggiunte nel 1921 con *La dittatura*<sup>29</sup> e l'anno seguente nella *Teologia politica*<sup>30</sup>. In quest'ultima opera Schmitt edificò la sovranità, in polemica con Kelsen<sup>31</sup>, su una categoria incompatibile con la logica dello Stato di diritto quale è quella dello «stato di eccezione». Sarà questa la parte più studiata e discussa del sistema disegnato dal giurista tedesco nella *La dittatura*, nella *Teologia politica* e in molte altre opere che porranno le premesse per gli sviluppi futuri della scienza politica contemporanea. Quel che conta è che, nonostante le apparenze, la condizione in cui siamo è completamente diversa da quella dello stato di eccezione precisato da Schmitt come *caso non regolato dal diritto*; laddove qui, da un lato, si è cercato di dominare tutti i possibili problemi attraverso molte e dettagliate norme e, dall'altro, la giurisdizione in applicazione del diritto ha sottoposto a controllo di proporzionalità le misure adottate dai pubblici poteri, vagliando gli elementi della idoneità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza<sup>32</sup>.

Così, come le categorie dello Schmitt *politologo* sono del tutto inutilizzabili per l'oggi, le categorie dello Schmitt *costituzionalista* – si è visto – diventano illuminanti: in la *Dottrina della costituzione*, è la Costituzione che legittima il potere d'emergenza, e se questo ripete da quella addirittura la propria legittimazione è logico e coerente che quella imponga a questo la propria pretesa di limitazione.

A parte Schmitt non può venir trascurato Ernst Forsthoff, il quale – anzi – opera una connessione strettissima tra il vuoto politico ed etico dello Stato moderno e l'affermazione del nuovo «Stato della società industriale» (e cioè lo Stato forgiato dalle dinamiche della produzione e del progresso scientifico), che fonda la ragione d'essere del potere statale nella prestazione di servizi ad una società industrializzata e sostanzialmente autonoma dallo Stato<sup>33</sup>. Il che, a sua volta, avrebbe delle conseguenze demolenti sulla praticabilità dello «stato di eccezione» all'interno delle società industriali. Aveva ben compreso Forsthoff che «il progresso tecnico, a prescindere dal fatto di avere trasformato il mondo

<sup>29</sup> C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini all'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1921), trad. it. di B. Liverini, Roma-Bari, 1975, p. 141 ss.

<sup>30</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e di P. Schiera, trad. it. di P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 27-86

<sup>31</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 44 ss.

<sup>32</sup> Non può convincere, pertanto, la dottrina quando, a proposito dell'attuale situazione di emergenza, afferma che la formula schmittiana («Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet»), diventa chiarissima in un tempo di crisi come quello attuale (come fa, tra gli altri, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris*, cit., pp. 453-454). Non siamo certo oggi in situazioni non regolate dal diritto.

<sup>33</sup> E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale* (1971), a cura di A. Mangia, Milano, 2011, *passim*, e vedi anche la importante *Presentazione* del curatore, p. v ss.

come mai era avvenuto in passato, genera, nel momento stesso in cui si realizza, un effetto di stabilizzazione». Il progresso tecnico, in altre parole, «ha prodotto una situazione di normalità non come immutabilità assoluta, ma come assenza di mutamenti repentini. Il che fa sì che la struttura della società industriale tenda a chiudersi ermeticamente verso gli eventi imprevisi, non nel senso che questi non possono verificarsi, ma per il semplice fatto di renderli privi di conseguenze concrete – come è successo per gli *événements* francesi del maggio 1968»<sup>34</sup>. Il vero e proprio «calvario» che ha attraversato la legislazione sullo stato di emergenza in Germania è un «ottimo esempio in cui versa la statualità nella Repubblica Federale»<sup>35</sup>. Ancora. «La polemica periodicamente riproposta contro il riconoscimento all'esecutivo di poteri straordinari di emergenza, che parte dalla premessa per cui all'esercizio di questi poteri sarebbe implicitamente legato il pericolo di abusi lascia intendere un indebolimento sostanziale della coscienza democratica. E infatti il senso di una organizzazione democratica e di un procedimento democratico di formazione della volontà statale – così come la possibilità di controllare questi procedimenti – sta, innanzi tutto, nella instaurazione di un rapporto di fiducia tra governanti e governati che non lasci spazio alla polemica sugli abusi»<sup>36</sup>.

La realtà attuale, insomma, non è molto lontana da quella descritta da Forsthoff. Le aspre contestazioni da parte di intellettuali di fama – sino al completo rifiuto – delle norme di contenimento del virus sono anche il frutto di un «indebolimento sostanziale della coscienza democratica»<sup>37</sup>. L'individuo, così, non si

<sup>34</sup> E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale*, cit., p. 190.

<sup>35</sup> Introdotta con legge del 24 giugno 1968 (BGBl, I, p. 709).

<sup>36</sup> E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale*, cit., p. 66.

<sup>37</sup> È noto alcuni (G. Agamben, M. Cacciari, U. Mattei, G. Preterossi) prendono a pretesto le misure di contenimento come simbolo di un processo di militarizzazione della società, di un autoritarismo emergente, in grado di annullare le libertà dei cittadini. Per una critica rigorosa a dimostrazione delle contraddizioni interne di tali orientamenti v. ancora I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, cit., spec. p. 5, nt. 13. Speculare la posizione di G. BUCCI e M. DELLA MORTE, *Dopo la Pandemia: il futuro e la memoria*, cit., pp. 76-77. Di «estremismo biopolitico» parla, giustamente, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 8. Comunque, resta il fatto che, si tratta di posizioni che non tengono conto che la libertà giuridica è anzitutto il precipitato delle norme. Non esiste una società senza norme, le quali servono da sempre a mantenere l'equilibrio sociale e la salvaguardia dei soggetti. Per quanto riguarda la *libertà naturale*, essa è il residuo delle norme. Quello che rimane fuori dai vincoli. Basterà ricordare, al riguardo, una incisiva osservazione di V. CRISAFULLI, *Di libertà si può anche morire* (1977), in *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 320, quando ricorda che l'essenza di un regime liberal-democratico «...è di sovrapporre alle leggi ordinarie una superlegge, la Costituzione scritta [...] con il che, in buona sostanza, non si fa che *limitare i limiti*, se così è lecito esprimersi, che le leggi potranno imporre alle libertà individuali: alcuni vietandone in modo assoluto, altri subordinando a determinate condizioni o circostanze, i rimanenti tacitamente consentendo. Si ha quasi ritegno a ripetere queste cose, che dovrebbero tenersi come ovvie e addirittura banali; e proprio in un periodo storico come quello che stiamo attraversando, in cui la libertà, nel nostro Paese ed in genere nell'area occidentale,

riconosce più nello Stato, né vi attinge l'originario e vigoroso *ethos*: la sua libertà non s'identifica e risolve nella legge, ma si agita in un rapporto che assume carattere ideologico e critico.

Quanto alla polemica sull'esistenza o meno di una dittatura sanitaria e di un ritorno all'autoritarismo non è il caso di ritornarvi, visto che non sembra si riesca ad andare al di là di un dialogo tra sordi<sup>38</sup>. Non esistono in vero nell'esperienza politica del mondo moderno dittature instaurate per via di provvedimenti volti a contrastare pandemie. L'ordinamento fascista – per restare alla nostra esperienza costituzionale – storicamente e giuridicamente si instaura nel periodo 1925-1926, quando non solo venne inibita ogni possibilità di azione politica non fascista, ogni libertà ai partiti e ai sindacati, non solo si tolsero di mezzo le elezioni, ma si realizzò una stretta autoritaria su ogni libertà di professare un credo politico democratico (o di contestare un credo politico fascista). In questo senso, però, la configurazione storica assunta dal regime fascista costituisce la smentita delle dottrine autoritarie in questi due anni di pandemia (o ne manifesta – quanto meno – le contraddizioni interiori). Al limite, in altre parole, l'aspirazione autoritaria del “Governo forte” si è frantumata all'esito delle vicende che hanno condotto prima alla caduta del Governo Conte II<sup>39</sup> - artefice dei famigerati d.P.C.M. – e, se si vuole, anche nel fallimento da parte del Governo Draghi di poter attuare la vaccinazione generale obbligatoria per legge. Un costituzionalista, recentemente scomparso, ha lasciato una preziosa lezione. Parliamo di Gladio Gemma, il quale, in uno scritto lucido su “*Paura del Tiranno*”: *una psicopatologia culturale*<sup>40</sup>, ha avvertito che «La paura del tiranno, a prescindere dalla sua infondatezza, è quanto mai pericolosa e perniciosa per certi effetti che ha provocato e può provocare. Più esattamente, questo timore genera riluttanza ad adottare misure limitative della libertà, quando pure esse siano necessarie per la realizzazione dei valori costituzionali».

---

sembra celebrare i propri massimi fasti. Di libertà si può anche morire, quando si siano superati certi limiti oltre i quali essa si snatura, degradando a licenza, arbitrio individuale, sotto il cielo oscurato della totale assenza di valori che la illuminino».

<sup>38</sup> La critica alle concezioni che la gestione dell'emergenza abbia prodotto una dittatura sanitaria è drasticamente condotta da A. MORELLI e F. SALMONI, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, in [www.lacostituzioneinfo.it](http://www.lacostituzioneinfo.it), 9 dicembre 2021, che mettono in rilievo come queste posizioni non tengano conto del principio di realtà; e, ancora, da G. GHIDINI, *Tra libertà e doveri di protezione*, nel «Corriere della Sera», 28 agosto 2021.

<sup>39</sup> La fine del Governo Conte II ha rappresentato una brutta pagina per la nostra esperienza costituzionale, perché è stata soprattutto una crisi “privata”, in quanto «fomentata da soggetti privati (i grandi giornali, i loro proprietari e l'insieme dell'élite economica) che hanno eccitato lo scontro politico facendo leva sui malesseri reali indotti dalla pandemia, e sparando ad alzo zero su tutti gli interventi governativi, mescolando scherno e disprezzo»: così M. DOGLIANI, *Tacete filosofi nei compiti altrui*, in [www.centroriformastato.it](http://www.centroriformastato.it), 11 novembre 2021, p. 1.

<sup>40</sup> Pubblicato su [www.lacostituzioneinfo.it](http://www.lacostituzioneinfo.it), 13 novembre 2021; e, più ampiamente, G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 4/2021, p. 329 ss.



# L'imposizione *ex lege* dell'obbligo vaccinale anti Covid-19, tra pubblici poteri, private libertà e sindacato giurisdizionale: la recente ordinanza del CGARS n. 351/2022 di rimessione alla Corte Costituzionale

di Jacopo Vavalli

SOMMARIO: 1. L'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2, pomo della discordia. – 2. La libertà del cittadino all'interno dello Stato costituzionale. – 3. La libertà di autodeterminazione del cittadino dinanzi alle scelte dello Stato in materia di salute pubblica: alle radici del dibattito sull'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2. – 4. La libertà (*rectius*, discrezionalità) dello Stato legislatore nell'adottare misure di contrasto alla pandemia. – 5. La libertà (*rectius*, il potere) del Giudice di dubitare sulla legittimità costituzionale di disposizioni che impongono un trattamento sanitario al cittadino: la recente ordinanza del CGARS n. 351 del 22 marzo 2022 di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 44/2021. – 6. Conclusioni.

## 1. *L'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2, pomo della discordia.*

Il dibattito, scientifico e non, in ordine all'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2 è stato ed è tuttora fortemente polarizzato. Nella consapevolezza che tra i due poli vi siano una pluralità di posizioni più sfumate, la contrapposizione sembra riducibile a chi, da un lato, esprime con fermezza la legittimità (anche costituzionale), anzi la doverosità, della imposizione di tale obbligo, anche di carattere generalizzato<sup>1</sup>, e a chi, dall'altro, pone forti dubbi al riguardo<sup>2</sup>, assistiti da un esame del quadro giuridico inerente alle autorizzazioni che si pongono a fondamento della distribuzione e della conseguente somministrazione dei vaccini<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Per tutti, A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond.*, 2021, 2, 170 ss.

<sup>2</sup> Per tutti, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, 2021, 3, secondo cui l'obbligo vaccinale rischierebbe di determinare la "imposizione con legge (o decreto legge) di un rischio non pienamente accertato da un punto di vista statistico quanto alla misura del danno, e alla ripartizione del rischio di danno fra i destinatari di quell'obbligo" (442); ID., *Un raffinato esempio di distinguishing. Se la fonte è il fatto, che deve fare il giudice quando il fatto cambia?*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale.

<sup>3</sup> Per quel che concerne le vaccinazioni contro il Covid-19, si tratta di una c.d. autorizzazione all'immissione in commercio "condizionata", disciplinata dal Regolamento (CE) 507/2006. L'art. 4 di tale Regolamento, rubricato "Condizioni", stabilisce al comma 1 che "Un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata può essere rilasciata quando il comitato ritiene che, malgrado non siano stati forniti dati clinici completi in merito alla sicurezza e all'efficacia del medicinale, siano rispettate tutte le seguenti condizioni: a) il rapporto rischio/beneficio del medicinale, quale definito all'articolo 1, paragrafo 28 bis, della direttiva 2001/83/CE, risulta positivo; b) è probabile che il richiedente possa in seguito fornire dati clinici completi; c) il medicinale risponde ad esigenze mediche insoddisfatte; d) i benefici per la salute pubblica derivanti dalla

Un tema che corrobora il dibattito riguarda gli effetti (più o meno ignoti) dei vaccini contro il Sars-CoV-2 nel medio e nel lungo termine, ma anche gli effetti della vaccinazione *tout court*<sup>4</sup>. L'autorizzazione condizionata rilasciata in favore di simili vaccini, in *partial overlap*, determinerebbe cautela nel disporre imposizioni nella somministrazione degli stessi<sup>5</sup>. Tesi, questa, avversata con l'argomentazione che non è possibile bilanciare il noto con l'ignoto, “*ciò che è con ciò che potrebbe essere, peraltro in una misura non quantificabile*”<sup>6</sup>.

Il dilemma generato dalla autorevole dottrina appena richiamata ha trovato ulteriore linfa in sede pretoria, in cui si sono contrapposte, tra le diverse che hanno avuto modo di affrontare il tema in esame, due importanti e note pronunce. La prima del Consiglio di Stato<sup>7</sup>, che non ha avuto esitazioni nel valutare la legittimità dell'obbligo vaccinale imposto al personale sanitario, evocando in estrema sintesi il principio della discrezionalità del legislatore insindacabile in *subiecta materia*, la necessità di perseguire il bene dell'intera collettività, l'assenza di spazio per la c.d. esitazione vaccinale<sup>8</sup>. La seconda del Consiglio di Giustizia

---

*disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione superano il rischio inerente al fatto che occorranza ancora dati supplementari*”. Oltre alla autorizzazione condizionata esistono quella *standard* e quella rilasciata in circostanze eccezionali, disciplinate dal Regolamento (CE) 726/2004. In ordine ai tre tipi di autorizzazioni vigenti in Europa, si rimanda a A. MANGIA, *op. ult. cit.*, 437 ss.

<sup>4</sup> Come si avrà modo di vedere meglio *infra*, soprattutto all'interno del capitolo 5.

<sup>5</sup> A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris, passim*.

<sup>6</sup> A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, 10. Tali riflessioni evocano il concetto di c.d. “ignoto irriducibile”, su cui si sofferma E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, secondo cui “*esso esprime una particolare situazione in cui l'assenza di conoscenza (letteralmente intesa in termini di ignoranza) è qualificata in base al fatto che non è possibile individuare schemi predefiniti per fronteggiare un determinato evento*” (144). Sul tema, l'Autore rimanda al lavoro monografico di studio monografico di M. FABER, J. L. PROOPS, *Evolution, time, production and the environment*, Berlin and Heidelberg, 1990).

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, a cui *adde* Cons. Stato (ord.), sez. III, 4 febbraio 2022, n. 583.

<sup>8</sup> Disponendo su tali aspetti che “*Nel bilanciamento tra i due valori, quello dell'autodeterminazione individuale e quello della tutela della salute pubblica, compiuto dal legislatore con la previsione dell'obbligo vaccinale nei confronti del solo personale sanitario, non vi è dunque legittimo spazio né diritto di cittadinanza in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV-2 per la c.d. esitazione vaccinale*”.

35. *L'obbligatorietà della vaccinazione è una questione più generale che, oltre ad implicare un delicato bilanciamento tra fondamentali valori, quello dell'autodeterminazione e quello della salute quale interesse della collettività anzitutto secondo una declinazione solidaristica, investe lo stesso rapporto tra la scienza e il diritto, come è ovvio che sia, e ancora più al fondo il rapporto tra la conoscenza – e, dunque, l'informazione e il suo contrario, la disinformazione – e la democrazia.*

32.3. *In un ordinamento democratico, come ha rilevato anche di recente la Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018 sulle vaccinazioni obbligatorie (re)introdotte dal d.l. n. 73 del 2017, rientra nella discrezionalità del legislatore prevedere la raccomandazione dei vaccini o l'obbligatorietà di questi e la scelta tra la tecnica della persuasione e, invece, quella dell'obbligo dipende dal grado di efficacia persuasiva con il quale il legislatore, sulla base delle acquisizioni scientifiche più avanzate ed attendibili, riesce a sensibilizzare i cittadini in ordine alla necessità di vaccinarsi per il bene proprio e, insieme, dell'intera società?* (cfr. Cons. Stato n. 7045/2020, cit.).

per la Regione Sicilia, su cui si intende indugiare all'interno del presente lavoro<sup>9</sup>, che invece, dopo aver disposto una verifica su specifici aspetti legati ai presupposti di tale scelta legislativa<sup>10</sup>, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine alla disciplina<sup>11</sup> che ha di recente imposto l'obbligo vaccinale agli studenti di corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie<sup>12</sup>.

Il dibattito dottrinale e pretorio appena evocato può dirsi osmotico rispetto a un quadro fattuale, che ha visto, da un lato, le istituzioni intraprendere in maniera stentorea un indirizzo preciso, nel senso di riconoscere ai vaccini 'anti Covid' la via eletta per contrastare e sconfiggere il virus<sup>13</sup>; dall'altro lato, una frangia dell'opinione pubblica opporsi a tali decisioni in quanto contraria a imposizioni in materia vaccinale con riferimento al virus Sars-CoV-2. Soggetti icasticamente definiti *no-vax*, riconducibili al ricordato e non nuovo fenomeno della c.d. della esitazione vaccinale<sup>14</sup>.

Il tema dell'obbligo vaccinale in periodo di pandemia è denso di implicazioni quanto meno di carattere medico-scientifico, filosofico, sociologico e giuridico. Il primo di tali ambiti rappresenta un territorio impervio per il giurista per ovvie ragioni legate alla mancanza di competenze. Volgere invece lo sguardo ad ulteriori ambiti come la filosofia e la sociologia, pur essendo necessario, comporta comunque il rischio di perdere di vista l'obiettivo di confrontare un tema tanto complesso con i crismi dell'ordinamento giuridico in cui si inserisce.

Anche limitando il campo di indagine nel senso appena accennato, restano plurime le direttrici che potrebbero indirizzare il lavoro e fondare il punto di

<sup>9</sup> Cfr. in particolare *sub* capitolo 5.

<sup>10</sup> C.G.A.R.S., sez. giurisd. (ord.), 17 gennaio 2022, n. 38.

<sup>11</sup> Di cui all'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 44/2021 convertito dalla legge n. 76/2021.

<sup>12</sup> C.G.A.R.S., sez. giurisd. (ord.), 22 marzo 2022, n. 351.

<sup>13</sup> Sia attraverso disposizioni normative recanti un obbligo vaccinale per talune categorie di cittadini, come il già citato decreto-legge n. 44/2021, ovvero il decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, che ha imposto tale obbligo a tutti gli ultracinquantenni, sia attraverso lo strumento del c.d. *green pass*, che la dottrina ha definito misura equivalente a quella dell'obbligo vaccinale: A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris*, 432, nota 1.

<sup>14</sup> Fenomeno che per V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Riv. AIC*, 2021, 6, si traduce nell'immotivato rifiuto della prevenzione vaccinale e in infondate quanto pericolose pretese di personalizzazione della cura (303). Secondo, invece, S. ROSSI, *Lezioni americane. il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, il fenomeno della *vaccine hesitancy* "non è prevalentemente il frutto di ignoranza, dato che – come emerge dai dati delle ricerche svolte – la maggior parte dei soggetti che rifiutano l'offerta vaccinale appartengono a classi culturalmente evolute, con livello medio-elevato di istruzione. Tale fenomeno è quindi legato spesso al ruolo attivo e consapevole del paziente, sempre meno disposto ad essere in balia dell'autorità del sanitario e sempre più partecipativo nella costruzione del percorso e delle scelte intorno alla propria salute e nella valutazione delle organizzazioni sanitarie e dei professionisti che vi operano" (780-781).

partenza attorno a cui far ruotare le conseguenti riflessioni. Una di queste risiede nel tema della libertà<sup>15</sup>, che si ha l'ambizione di esaminare sotto quattro distinte declinazioni, tra loro interconnesse: la libertà del cittadino all'interno dello Stato costituzionale<sup>16</sup>; la sua libertà di autodeterminazione dinanzi a scelte dello Stato in materia di salute pubblica, in particolare in contesti di emergenza e di pandemia (come quello prodotto dal Covid-19)<sup>17</sup>; la libertà (*rectius*, discrezionalità) dello Stato legislatore di adottare misure di contrasto alla pandemia<sup>18</sup>; la libertà (*rectius*, il potere) del Giudice di sindacarle sul piano della loro aderenza, o meno, alla Costituzione<sup>19</sup>.

## 2. *La libertà del cittadino all'interno dello Stato costituzionale.*

Il tema della libertà, per paradosso, merita di essere circoscritto. Dal punto di vista giuridico, per libertà si intende in linea di massima il diritto di ogni individuo di disporre liberamente della propria persona<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Sul tema dei rapporti tra libertà dell'individuo e attività dei pubblici poteri, con riferimento alla obbligatorietà delle vaccinazioni ai sensi della recente legge 31 luglio 2017, n. 119, si veda M. D'ARIENZO, *Al di là del nesso autorità/libertà: i recenti sviluppi della politica vaccinale italiana alla prova dei fatti e nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, 341 ss.

<sup>16</sup> Sul tema della compatibilità tra la libertà individuale e gli ordinamenti contemporanei, non si può fare a meno di rimandare a B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1995.

<sup>17</sup> Per una analisi in ordine al valore costituzionale del diritto all'autodeterminazione dell'individuo, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in Id. (a cura di), *Teoria del diritto e dello Stato*, Roma, 2010.

<sup>18</sup> Su cui Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 5 ha avuto modo di affermare che «È questa una «scelta di politica sanitaria» che «attiene alla sovrana discrezionalità del Governo e del Parlamento nella valutazione delle urgenze e delle emergenze sanitarie e nella conseguente individuazione delle misure più adatte a fronteggiarle», nell'esercizio di competenze sugli indirizzi generali di politica nazionale in materia sanitaria, che sono riservate allo Stato?».

<sup>19</sup> Con i noti limiti della non manifesta infondatezza e della rilevanza della questione. Aspetti su cui non occorre soffermarsi nel presente lavoro, se non per fare un cenno al fatto che esiste sempre un concreto rischio che la Corte Costituzionale possa sovrapporsi al Giudice a quo limitando molto il potere a cui si è fatto cenno sopra, atteso che «è ben noto come attraverso il controllo della motivazione è possibile entrare in valutazioni anteriori ad essa, che riguardano la sostanza delle decisioni cui la motivazione si riferisce»: cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 221.

<sup>20</sup> Cfr. [www.traccani.it](http://www.traccani.it), voce *libertà*. Emerge il tema del diritto costituzionale ad autodeterminarsi, in virtù del quale tutti i comportamenti che sono espressione di autonomia individuale sarebbero protetti dall'ordinamento giuridico come diritti di libertà costituzionalmente garantiti: sul punto S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà-M. Tallacchini (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 199-202. La libertà di autodeterminazione trova come contraltare il tema della «sovranità del legislatore (o della «libertà dei fini»), [che] conduce invece a conclusioni opposte rispetto al primo. Esso afferma che le motivazioni della legge, in quanto atto politico per eccellenza, sono insindacabili e che, al di fuori dei casi in cui la compressione di

In un saggio di Alessandro Pace di alcuni anni fa emergono con chiarezza tre accezioni del concetto di libertà<sup>21</sup>, riprese dall'opera del filosofo Nicola Abbagnano del 1961<sup>22</sup> e che vengono confrontate con l'ordimento giuridico della metà del '900 al fine di esaminarne la utilizzabilità per il giurista contemporaneo.

La prima risiede nella libertà quale “autodeterminazione e autocausalità”<sup>23</sup>. Questa accezione, autorevolmente sostenuta, conduce a intendere la libertà come “assoluta e incondizionata”, tipica del pensiero anarchico<sup>24</sup> e difficilmente utilizzabile dal giurista, che si confronta con ordinamenti, più o meno democratici, comunque basati su un sistema di limiti alla libertà dell'individuo dettate dall'esercizio dei poteri pubblici, a propria volta limitati<sup>25</sup>.

La seconda accezione di libertà mantiene i caratteri della assolutezza e una natura incondizionata, ma non con riferimento all'individuo bensì all'entità astratta con cui questo si relaziona<sup>26</sup>. Di tal che la libertà del singolo è relativa, dipendente dalla volontà del “tutto” ad esso sovraordinato. È questa l'accezione di libertà su cui si fonda la definizione dello Stato di Hobbes, in cui la libertà del singolo finisce per rimanere assorbita nel “tutto” rappresentato dalla volontà sovrana<sup>27</sup>, o quella di Hegel, che del pari teorizza che “*lo Stato è l'ente supremo di realizzazione dell'interesse generale*”<sup>28</sup>.

Le prime due accezioni di libertà sopra richiamate evocano altrettante modalità di approccio alla questione dell'obbligo vaccinale, che con mirabile sintesi sono state definite dalla dottrina come “*approccio individualista ed approccio*

---

*un diritto costituzionalmente tutelato ovvero precise disposizioni costituzionali impongano al legislatore di perseguire uno scopo determinato, il potere legislativo potrebbe liberamente perseguire qualsiasi finalità*”: P.F. BRESCIANI, *Prospettive sulla legge paternalista come categoria giuridica*, in *Giur. cost.*, 2021, 1, 228.

<sup>21</sup> A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Giorn. stor. cost.*, 2009, 17/I, 11 ss.

<sup>22</sup> N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961.

<sup>23</sup> A. PACE, *op. ult. cit.*, 12.

<sup>24</sup> Per una ricostruzione accurata della libertà calibrata nell'ambito del pensiero anarchico individualista americano, si veda M.N. ROTHBARD, *L'etica della libertà*, Macerata, 2000.

<sup>25</sup> ID., *op. ult. cit.*, 12. “È del resto intuitivo che una libertà assoluta e senza limiti non può costituire il contenuto di una situazione giuridica soggettiva avente, almeno in linea di principio, le caratteristiche della generalità. Qualora fosse riconosciuta ad un solo individuo o soltanto ad una elite, quest'assoluta libertà costituirebbe infatti un privilegio che, come tale, darebbe luogo a una posizione di potere «incompatibile con le regole del sistema democratico» (così la Corte cost., sent. n. 148 del 1981, in materia radiotelevisiva)” (13).

<sup>26</sup> ID., *op. ult. cit.*, 14.

<sup>27</sup> Il pensiero di Hobbes è diffusamente richiamato, con dovizia di citazioni, nel recente saggio di F. BLANDO, *Stato, emergenza e diritto alla vita*, in *Nuove autonomie*, 2021, 3, (in particolare 766-777), in cui si rimanda, ai fini che qui interessano, a T. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino. De cive*, (1647), trad. it. a cura N. Bobbio, in *Opere politiche*, Torino, 1959, cap. V, 9, 150.

<sup>28</sup> F.G. SCOCA, M. SPASIANO, *Diritto amministrativo* di F.G. SCOCA (a cura di), VII ed., Torino, 2021, 13. La radicalizzazione di questa accezione di libertà, la esaltazione del tutto a scapito dell'individuo, si pone alla base delle teorie che hanno legittimato gli stati totalitari: C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il Sars-Cov-2*, in *dirittifondamentali.it*, 2022, 1, 147-148 (nota 5).

*comunitarista*<sup>29</sup>, quest'ultimo volto ad esaltare il concetto di comunità come corpo a sé stante, dotato di propria autonomia e proprie prerogative<sup>30</sup>. Alla base dell'approccio individualista si potrebbe dire che v'è una visione della società come comunità di interessi, retta dal criterio della mera coordinazione delle condotte, mentre alla base dell'approccio comunitarista rileva una visione della società come comunità di persone, come una comunità di vita.

Il punto è che né l'accezione "individualista" né quella "comunitarista" di libertà possono costituire un efficace strumento di indagine per esaminare il tema dell'obbligo vaccinale in ambito pandemico. A tal fine rileva, invece, la terza accezione di libertà declinata da Pace sul solco del lavoro di Abbagnano, che è ricondotta al concetto di "*possibilità di scelta*"<sup>31</sup>. Il nucleo di tale possibilità di scelta è duplice: da un lato la scelta dell'individuo/cittadino dei propri governanti, in particolare nel senso di mantenerli, modificarli o eliminarli<sup>32</sup>; dall'altro, la tutela dei diritti riconosciuti in Costituzione attraverso "*un'efficace istanza giurisdizionale, terza e imparziale, che giudichi della conformità a Costituzione di tutti i più importanti atti del pubblico potere, ivi comprese le leggi, con la sola eccezione dei c.d. «atti di governo»*"<sup>33</sup>.

Possono allora trarsi alcune conclusioni preliminari: *i*) la libertà assoluta e incondizionata non è accezione che, relativamente agli ordinamenti giuridici delle moderne democrazie costituzionali, può attagliarsi tanto all'agire del singolo quanto all'agire dei pubblici poteri; *ii*) la libertà è possibilità di scelta, all'interno della cornice delle leggi e dei principi espressi da un dato ordinamento, prodotto dei Parlamenti democraticamente eletti e democraticamente rimuovibili; *iii*) l'azione dei pubblici poteri è censurabile da parte di qualsivoglia cittadino per mezzo di un'istanza giurisdizionale dinanzi a un giudice terzo e imparziale, che possa valutarne la conformità a Costituzione.

<sup>29</sup> A. ZITO, *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. Relazione finale nel webinar su Pandemia e obbligo vaccinale*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, 4.

<sup>30</sup> ID., *op. ult. cit.*, secondo cui "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" (4).

<sup>31</sup> A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, cit., 19. "Tale accezione dà conto degli eccessi e dei rischi che si riconnettono sia alla prima che alla seconda accezione. Della prima, essa rifiuta la natura assoluta e incondizionata della libertà, che, se fosse accolta, porterebbe, in materia religiosa, all'agnosticismo e, in materia politica, a delegittimare lo Stato e qualsivoglia altro ordinamento giuridico. Della seconda accezione essa rifiuta l'assoluto condizionamento dell'individuo da parte di un terzo soggetto, da quest'ultima considerato come logicamente «necessario»" (20).

<sup>32</sup> ID., *op. ult. cit.*, 21.

<sup>33</sup> ID., *op. ult. cit.*, 20.

3. *La libertà di autodeterminazione del cittadino dinanzi alle scelte dello Stato in materia di salute pubblica: alle radici del dibattito sull'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2*

Se è vero, come è vero, che il concetto di libertà nel moderno Stato costituzionale è ben racchiuso nell'espressione "possibilità di scelta", il vaglio del perimetro di tale possibilità e dei suoi limiti si mostra complesso dinanzi alle questioni che attengono alla salute. Tale complessità è resa evidente dal tenore dell'art. 32 della Costituzione che tutela la salute sia come fondamentale diritto dell'individuo sia come interesse della collettività<sup>34</sup>.

Tra le due sfere, come è stato rappresentato, "può sussistere una relazione antagonista", che trova una concreta dimostrazione in ambito di vaccinazioni collettive<sup>35</sup>. Si tratta di una relazione antagonista in cui, da un lato, si colloca il diritto del singolo, ulteriormente avvalorato da quanto disposto dal secondo comma dell'art. 32 Cost.<sup>36</sup>; dall'altro lato, si pone l'interesse collettivo cristallizzato nel concetto di salute pubblica. Mentre il primo è potenzialmente circoscrivibile ed è specificatamente regolamentato attraverso una riserva di legge (*ex art. 32, comma 2, Cost., appunto*), il secondo ha carattere astratto e indefinito.

A ben vedere, ad un diritto individuale si contrappone un valore meta-positivo (la salute pubblica), come tale relativo e cangiante al cospetto del periodo storico di riferimento e della sensibilità di coloro che sono investiti della sua protezione<sup>37</sup>. Questo conflitto, divenuto concreto in periodo di emergenza epidemiologica da Covid-19, è stato affrontato in relazione al tema dell'obbligo vaccinale, facendo sovente, impropriamente, uso delle prime due categorie di libertà declinate nel lavoro di Alessandro Pace, con la conseguenza che la scelta del legislatore di disporre un simile obbligo è stata ritenuta legittima da chi ha posto a fondamento della stessa la libertà (*rectius*, il dovere assoluto e incondizionato) dello Stato di salvaguardare l'interesse della popolazione di proteggersi dal contagio e dalle sue conseguenze nefaste, ovvero illegittima da chi ha posto in evidenza la compromissione della libertà del singolo di autodeterminarsi rispetto alla imposizione di un trattamento sanitario di natura vaccinale, ritenuto irragionevole e ingiustificato.

La libertà del singolo nella cornice dello Stato costituzionale è, però, libertà di scelta nei limiti della legge (e dei principi) vigenti in un dato ordinamento. Se è sin troppo evidente professare il rispetto di una legge impositiva di un obbligo

---

<sup>34</sup> Sul tema, si rimanda a M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 2, 455 ss.

<sup>35</sup> C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., 152.

<sup>36</sup> "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

<sup>37</sup> F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere*, in *costituzionalismo.it*, 2021, 1, 87.

vaccinale, non ci si può non soffermare sull'ulteriore riflesso di tale libertà 'condizionata', che attiene al diritto dello stesso cittadino di porre in discussione la legittimità di una simile legge impositiva con i modi e con gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento.

L'alea che ammantava il concetto di salute pubblica trova nella discrezionalità legislativa il suo contrappeso, nel senso che i pubblici poteri sono chiamati a tutelare l'interesse della collettività in materia di salute, ad esempio in contesti critici per l'intera popolazione come un'emergenza pandemica, adottando le misure normative più idonee, purché proporzionate a fronteggiare una data situazione critica attraverso l'esame attento dalla situazione di fatto e dei dati scientifici disponibili<sup>38</sup>.

In ambito di leggi impositive di trattamenti sanitari obbligatori, però, la Corte Costituzionale ha enucleato paletti ben definiti, secondo cui: *“la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)”*<sup>39</sup>.

Principi indicatori oramai scolpiti e ineludibili, dai quali non poter prescindere per orientare le riflessioni versate nei capitoli successivi.

#### 4. *La libertà (rectius, discrezionalità) dello Stato legislatore nell'adottare misure di contrasto alla pandemia*

Uno Stato che si trovi dinanzi a un evento epocale come una pandemia è tenuto ad affrontare il delicato compito di assumere scelte che ambiscono ad avere effetti rimediali. Le criticità che si annidano in scelte di tale portata, soprattutto con riferimento al tema dell'obbligo vaccinale, sono quanto meno di tre ordini: di carattere *soggettivo*, di carattere *oggettivo* e di carattere *metodologico*.

<sup>38</sup> Osserva C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., che *“Un uso ragionevole della discrezionalità legislativa, infatti, non solo deve tenere conto dei dati scientifici e della situazione di fatto, ma deve essere rigorosamente improntato ai principi di proporzionalità, necessità, distinguendo le opzioni in base a condizioni di salute, età, sesso, ecc. per evitare di trattare in modo uguale casi diversi o in modo diverso casi uguali”* (152). Precisa E. CAVASINO, *Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio a quo e giudizio di legittimità costituzionale: il caso dell'obbligo vaccinale nella decretazione d'urgenza per il contrasto della pandemia da Covid-19*, in in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, che *“Le leggi non sono ... «science-driven», ma «science-based». In altri termini, non è pensabile, almeno secondo una parte dottrina che qui si condivide, che il legislatore non possa operare, in materia tecnico-scientifica alcuna sintesi politica fra dato tecnico-scientifico ed altri interessi o «dati» di differente carattere”* (11).

<sup>39</sup> Corte Cost. n. 5/2018, cit.

Dal punto di vista *soggettivo*, la questione è stata posta da Habermas individuando, da un lato, la libertà e l'autonomia del cittadino singolo, entrambe incise dalla situazione emergenziale in corso, e dall'altro lato la tutela della collettività, con una conseguente necessità di imporre un contributo di solidarietà da parte dei cittadini tutti. Solidarietà che da volontaria diviene oggetto di un vero e proprio obbligo da poter versare in una previsione legislativa *ad hoc*<sup>40</sup>. Il principio di solidarietà, di derivazione costituzionale, unito alla crisi derivante da un'emergenza determinata da un virus altamente contagioso, ha per la verità fornito alla dottrina una argomentazione decisiva per far oscillare il pendolo della tutela verso la collettività tutta, sul solco della "recrudescenza" dei doveri del singolo<sup>41</sup>.

Il contemperamento tra libertà di autodeterminazione e tutela della collettività, però, esaminato nell'ottica dell'obbligo vaccinale, se del caso generalizzato, deve fare i conti con due questioni che appaiono ineludibili per valutare se debba prevalere quella che, di primo acchito, sembra la conclusione più ragionevole, in quanto volta a tutelare la salute pubblica quale migliore espressione dell'interesse pubblico da perseguire. La prima questione riposa sul principio di differenziazione, che porta a dubitare, come è stato osservato in dottrina, della legittimità costituzionale di "un obbligo che presupporebbe un bilanciamento tra rischi e benefici effettuato una sola volta per tutti ... non differenziando (tra bambini, adolescenti, giovani, adulti e anziani, donne e uomini, condizioni di fragilità, in base al tipo di attività esercitata che pone la persona ad un rischio più o meno alto di contagiarsi e di contagiare, ecc.)"<sup>42</sup>.

L'azione dello Stato sembrerebbe aver tenuto conto del principio di differenziazione all'interno dei provvedimenti legislativi in materia di obbligo vaccinale, agendo gradualmente e ponendo tale obbligo dapprima a carico di categorie di soggetti specifici<sup>43</sup>, tenuti soprattutto in virtù della professione o dell'attività svolta, e poi estendendolo a tutti i soggetti sopra i cinquant'anni di età<sup>44</sup>. Ma tale conclusione vacilla al cospetto delle disposizioni in materia di *green pass*, che sottraendo alla popolazione ampi spazi di libertà personale in assenza della vaccinazione anti Covid-19, ha indotto (o forse costretto?)<sup>45</sup> anche coloro che non erano obbligati all'inoculazione.

La seconda questione ineludibile, che si staglia all'interno della dicotomia

<sup>40</sup> J. HABERMAS, *Proteggere la vita. I diritti fondamentali alla prova della pandemia*, Bologna, 2022, 105-106.

<sup>41</sup> F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia*, cit., *passim*.

<sup>42</sup> C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., 165-166. Peraltro, prosegue l'Autore, "gli stessi dati scientifici, come ad esempio quelli pubblicati periodicamente dall'istituto superiore di sanità, sono estremamente attenti alle differenze (di fascia di età, di sesso, di condizioni di salute pregresse, ecc.) per cui, lungi dall'indicare la strada della generalizzazione, sono acquisiti proprio con l'intenzione di aiutare la migliore comprensione possibile della complessità della situazione di fatto, disaggregando i dati riferiti all'intera popolazione" (166).

<sup>43</sup> Ad esempio, per il personale sanitario, ai sensi del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44 convertito dalla legge 28 maggio 2021, n. 76.

<sup>44</sup> Ai sensi del decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1 convertito dalla legge 4 marzo 2022, n. 18.

<sup>45</sup> Il c.d. *green pass*, limitando in maniera più o meno ampia le libertà dei cittadini (a seconda della tipologia applicata di volta in volta dal Governo), costituisce una indubitabile "spinta" verso

libertà di autodeterminazione/tutela della salute collettiva nel contesto della vaccinazione obbligatoria anti Covid-19, riguarda il tema della capacità del vaccino di incidere sulla trasmissione del contagio<sup>46</sup>. Nell'ambito di una emergenza derivante da un virus altamente contagioso, al netto delle conseguenze gravi che per taluni/e lo stesso determina, per arrivare a dire che una terapia è efficace contro tale virus a livello collettivo, e non meramente individuale, l'unica argomentazione valida – “*per la contraddizion che nol consente*”<sup>47</sup> – è ritenere che il trattamento vaccinale sia in grado di bloccare o quanto meno ridurre la catena del contagio<sup>48</sup>.

---

la vaccinazione. Dubbi, però, possono nutrirsi sul fatto che si tratti di “spinta gentile” e di un esercizio di potere riconducibile alla c.d. *nudge theory*; dubbi avvalorati dal recente saggio di A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, secondo cui “*Questo spiega perché secondo alcuni autori (posizione che chi scrive condivide) il caso in questione non rientra a pieno titolo nell'ambito del nudge, dal momento che non viene in rilievo alcuna strategia di “incoraggiamento” della persona ad adottare una certa decisione, di cui la persona stessa sia inconsapevole, ma ausili formativi (lo sviluppo delle competenze) e informativi utili a ragionare e a decidere in modo razionale*” (29); in senso contrario, R. LOMBARDI, F. SANTINI, *Green pass ed obbligo vaccinale, nel prisma delle scienze razionali*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, 4-7.

<sup>46</sup> Sul tema, si veda Corte Cost., 12 marzo 2021, n. 37, la quale, sia pure emessa in materia di misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione Valle d'Aosta, ha avuto modo di statuire che “*ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all'ambito di competenza locale, abbia un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla*”.

*Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali?*”.

<sup>47</sup> D. ALIGHIERI, *Divina Commedia. Inferno, Canto XXVIII*, v. 120: “*ch'assolver non si può chi non si pente, né pentere e volere insieme puossi per la contraddizion che nol consente?*”.

<sup>48</sup> Su tale aspetto, la giurisprudenza più recente si è espressa in maniera coerente, sia pur sulla base di percorsi in parte disomogenei. Il Consiglio di Stato, nella nota sentenza n. 7045/2021, è stato fermo nell'affermare che “*la posizione della comunità scientifica internazionale, alla luce delle ricerche più recenti, è nel senso che la fase di eliminazione virale nasofaringea, nel gruppo dei vaccinati, è tanto breve da apparire quasi impervetibile, con sostanziale esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati?*”. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, all'interno della ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 351/2022 (su cui ci si soffermerà diffusamente *infra*, sub capitolo 4), ha avuto modo di affermare che “*l'argomento della scarsa incidenza della vaccinazione nel contrastare la trasmissibilità del virus – tratto dalla constatazione che soggetti vaccinati sono in grado di infettarsi e infettare – è inidoneo a scardinare la razionalità complessiva della campagna di vaccinazione, concepita, certo, con l'obiettivo di conseguire una rarefazione dei contagi e della circolazione del virus, ma anche allo scopo di evitare l'ingravescente della patologia verso forme severe che necessitano di ricovero in ospedale, obiettivo tuttora conseguito dal sistema preventivo in atto, il quale si avvantaggia, proprio grazie alla maggiore estensione della platea dei vaccinati, di una minore pressione sulle strutture di ricovero e di terapia intensiva*”.

17.4. Tale ragionamento viene condiviso dal Collegio: *sebbene empiricamente si debba riconoscere che, in presenza di nuove varianti, la vaccinazione non appaia garantire l'immunità da contagio, sicché gli stessi vaccinati possono contagiarsi e, a loro volta, contagiare, la stessa a tutt'oggi risulta efficace nel contenere decessi ed ospedalizzazioni, proteggendo le persone dalle conseguenze gravi della malattia, con un conseguente duplice beneficio: per il singolo vaccinato, il quale evita lo sviluppo di patologie gravi; per il sistema sanitario, a carico del quale viene allentata la pressione?*”. Ci si domanda se la questione della pressione sul sistema ospedaliero sia rilevante

Dal punto di vista *oggettivo*, le scelte dello Stato in materia di obbligo vaccinale sono orientate da una discrezionalità chiamata a riposare su dati e conoscenze medico-scientifiche presenti al momento della decisione da intraprendere<sup>49</sup>, e che tende a divenire più ampia (con la conseguenza che minori saranno i margini di sindacabilità dinanzi al Giudice delle leggi) al cospetto di un quadro scientificamente *sensibile* e dunque incerto<sup>50</sup>, se non più ampia *tout court* per il solo effetto della presenza dell'emergenza epidemiologica da fronteggiare<sup>51</sup>. Nell'intricato rapporto che si instaura tra discrezionalità legislativa e conoscenze medico-scientifiche contingenti emerge la centralità del principio di precauzione, che impone di adottare i provvedimenti più opportuni per evitare le potenziali conseguenze negative per la sanità pubblica portate da fenomeni in grado di metterla a repentaglio<sup>52</sup>. Principio che, secondo il Consiglio di Stato sarebbe, chiamato ad operare, in epoca pandemica e con riferimento a misure volte a disporre l'obbligo vaccinale, in senso inverso e controintuitivo<sup>53</sup>, potendo determinare la possibilità

---

al fine di ritenere una data disposizione legislativa conforme al dettato dell'art. 32 Cost. Secondo C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., “Il beneficio per la salute pubblica nemmeno può risiedere nella riduzione del carico sulle strutture sanitarie, che non è elemento contemplato dall'art. 32 Cost. per ammettere la compatibilità costituzionale di una legge impositiva di un trattamento sanitario” (169).

<sup>49</sup> Anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili: Corte Cost. n. 5/2018, cit.; Corte Cost., 12 luglio 2017, n. 169; Corte Cost., 14 novembre 2003, n. 338; Corte Cost., 26 giugno 2002, n. 282.

<sup>50</sup> Tale aspetto è ben rappresentato da A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale*, cit., il quale, richiamando alcune pronunce della Corte Costituzionale sul tema, afferma che “Non si perda, ad ogni buon conto, di vista che il rapporto tra diritto e scienza – come si è tentato di mostrare altrove – appare essere alquanto complesso. Lo stesso giudice costituzionale tiene distinti i casi in cui la scienza si presenti al proprio interno divisa da quelli in cui invece appaia compatta nel somministrare “verità” ormai inconfutabili.

Nella prima evenienza, apprendiamo da Corte cost. n. 84 del 2016 che le questioni di costituzionalità che potrebbero qualificarsi come scientificamente sensibili vadano fatalmente incontro ad una dichiarazione d'inammissibilità, proprio per il fatto che su di esse, a motivo delle divisioni esistenti tra gli esperti, la Costituzione si trova obbligata a restare “muta”.

Nella seconda, di contro, le certezze scientifiche danno modo alla Costituzione di “parlare”, in un senso scientificamente orientato appunto” (10).

<sup>51</sup> In questo senso, Corte Cost., 11 novembre 2021, n. 213.

<sup>52</sup> Cfr. TAR Lazio – Roma, sez. III, 2 aprile 2021, n. 4006, che ha avuto modo di precisare che “ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche”.

<sup>53</sup> Cons. Stato n. 7045/2021, cit., secondo cui “In fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito – va ribadito – tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi,

(*rectius*, legittima discrezionalità) del legislatore di consentire, fino ad imporre, trattamenti sanitari in grado di determinare più rischi che benefici.

Resta il profilo critico di carattere *metodologico*. Lo Stato ha optato per l'adozione di un metodo principale, individuato nella disciplina del *green pass*, e uno residuale riconducibile alla imposizione vaccinale solamente per determinate categorie di soggetti o per specifiche fasce di età. Il primo metodo, per quanto denso di implicazioni, non rileva nell'ambito del presente lavoro. Rilevano, invece, le disposizioni legislative volte ad imporre l'obbligo vaccinale, che di recente hanno riguardato gli studenti di corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie ai sensi dell'art. 4 del decreto-legge n. 44/2021 (convertito dalla legge n. 76/2021), su cui si è espresso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, che ne ha posto in discussione la legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34 e 97 della Costituzione stessa.

La teoria della separazione dei poteri, allora, trova nel contesto pandemico emergenziale modo e ragione di esaltare le sue fondamenta, conferendo al contempo essenza e dignità alle libertà del singolo, che saranno comunque soddisfatte nell'ottenere una pronuncia del Giudice delle leggi volta sindacare la discrezionalità del legislatore che quella libertà ha ritenuto di poter incidere per finalità di interesse pubblico e di tutela della collettività.

5. *La libertà (rectius, il potere) del Giudice di dubitare sulla legittimità costituzionale di disposizioni che impongono un trattamento sanitario al cittadino: la recente ordinanza del CGARS n. 351 del 22 marzo 2022 di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 44/2021*

In un contesto emergenziale e nell'ambito di uno Stato democratico costituzionale, la possibilità di sottoporre a un attento scrutinio la conformità a Costituzione dell'esercizio del potere legislativo ambisce a divenire necessità. Non fosse altro perché è l'unico presidio che resta a tutela dei diritti e delle libertà del cittadino, tutti da verificare. Al di fuori di questo perimetro che potrebbe definirsi istituzionale, si pone chi di recente ha esaminato una possibile legittimazione

---

*in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco".* Al riguardo, è stato osservato che "nel caso dell'imposizione dell'obbligo vaccinale per Covid-19 in capo a determinate categorie di persone, non è corretto parlare di applicazione in senso inverso del principio di precauzione, bensì di (parziale) non applicazione dello stesso<sup>27</sup>, nella misura in cui esso opera correttamente se si esamina il fenomeno dal punto di vista della accezione collettiva del diritto alla salute, mentre risulta sostanzialmente disapplicato nell'ottica della tutela del diritto alla salute del singolo operatore sanitario": M. CALABRÒ, *Obbligo vaccinale e (presunta) applicazione del principio di precauzione "in modo inverso"*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, 9.

del diritto di resistenza e disobbedienza, ponendo le possibili basi per una “*teoria dei controllimiti individuali*”<sup>54</sup>.

La questione, sia pure di notevole interesse, non può che essere tuttavia accantonata ponendosi di fuori dello schema di indagine sin qui delineato, in cui si colloca a pieno titolo la pronuncia del CGARS n. 351 del 22 marzo 2022 di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 44/2021, dalla quale emerge una indubbia profondità d'analisi e la stringente sequenza logica di alcune argomentazioni poste a supporto delle relative statuizioni. La rimessione alla Corte Costituzionale sopra accennata passa principalmente per il vaglio di due questioni decisive: l'una riguardante gli effetti avversi derivanti dall'inoculazione del vaccino anti Covid; l'altra relativa all'inadeguatezza del *triage* pre-vaccinale.

Con riferimento alla prima, la pronuncia in questione:

- i) parte da una premessa, che consiste nel richiamare l'orientamento della Corte Costituzionale secondo cui “*la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. a condizione, tra l'altro, che si preveda che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze «che appaiano normali e, pertanto, tollerabili»*”<sup>55</sup>;
- ii) esamina i dati, derivanti anche dalla relazione istruttoria generata all'esito della verifica disposta dallo stesso CGARS, a tenore dei quali “*complessivamente, durante il primo anno dell'attuale campagna vaccinale, sono state inserite, nella Rete Nazionale di Farmacovigilanza, 117.920 segnalazioni di sospetto evento avverso, successivo alla vaccinazione, su un totale di 108.530.987 dosi di vaccino, con un tasso di segnalazione di 109 segnalazioni ogni 100.000 dosi somministrate, ..... (e) con un tasso di 17,6 eventi gravi ogni 100.000 dosi somministrate. Come risulta evidente, non solo il numero di eventi avversi da vaccini anti SARS-COV-2 è superiore alla «media .... degli eventi avversi già registrati per le vaccinazioni obbligatorie in uso da anni», ma lo è di diversi ordini di grandezza (109 segnalazioni, a fronte di 17,9, e con un tasso di 17,6 eventi gravi ogni 100.000 dosi somministrate, a fronte di un tasso 1,9 segnalazioni gravi)*”<sup>56</sup>;
- iii) pone il tema dei dati sugli effetti avversi, e sulla attendibilità del sistema della

<sup>54</sup> Cfr. D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2020, 2, secondo cui “*la legittimazione della resistenza e della disobbedienza, tanto che la si voglia ancorare a premesse teorico-generalì o piuttosto di diritto positivo, riposa in ultima istanza sull'esistenza di un limite invalicabile alla facoltà del potere di disporre dei diritti e delle libertà individuali, da ricollegarsi al valore centrale della persona e alla ragion d'essere delle istituzioni politiche, che rappresentano un mezzo e non un fine rispetto all'uomo. Questo 'vallo', ovviamente incerto e nient'affatto euclideo nelle sue modalità di determinazione, dovrebbe rappresentare il confine ultimo oltre il quale né i capisaldi del principio liberale, né i cardini del principio democratico possono tollerare attenuazioni, anche di fronte alla congiuntura emergenziale della pandemia; più in là, sunt leones. Allo stesso tempo, esso dovrebbe rappresentare il punto di assestamento rispetto all'eventuale rischio che il liberalismo collassi sotto le spinte della democrazia, o meglio delle degenerazioni della democrazia*” (2).

<sup>55</sup> CGARS, ord. n. 351/2022, cit., che richiama Corte Cost. n. 5/2018, cit.

<sup>56</sup> CGARS, ord. n. 351/2022, cit.

loro raccolta, al centro del ragionamento, prendendo in considerazione il fatto che i vaccini anti Covid sono stati sottoposti a una autorizzazione condizionata, di tal che “*successivamente alla commercializzazione, prosegue il processo di valutazione (rinviososi, al riguardo, per maggiori dettagli, ai chiarimenti acquisiti in sede istruttoria), suscettibile di essere inficiato tanto da un’erronea attribuzione alla vaccinazione di eventi e patologie alla stessa non collegati causalmente, quanto da una sottostima di eventi collaterali, specie gravi e fatali*”<sup>57</sup>;

- ii) giunge a concludere che “*i parametri costituzionali per valutare la legittimità dell’obbligo vaccinale, come fissati dalla costante giurisprudenza della Corte costituzionale, non sembrano rispettati, in quanto non vi è prova di vantaggio certo per la salute individuale e collettiva superiore al danno per i singoli, non vi è prova di totale assenza di rischio o di rischio entro un normale margine di tollerabilità, e non vi è prova che – in carenza di efficacia durevole del vaccino- un numero indeterminato di dosi, peraltro ravvicinate nel tempo, non amplifichi gli effetti collaterali dei farmaci, danneggiando la salute*”<sup>58</sup>.

Stessa metodologia è stata seguita nel porre in evidenza l’ulteriore criticità che, “*come emerso dalle risultanze dell’istruttoria, non è prevista, ai fini della sottoposizione a vaccino, una relazione del medico di base, il quale normalmente ha un’approfondita conoscenza dei propri assistiti. Il triage pre-vaccinale viene, quindi, demandato al personale sanitario che esegue la vaccinazione, che a sua volta deve affidarsi alle (inevitabilmente variabili) capacità del soggetto avviato a vaccinazione di rappresentare (nella ristretta tempistica a ciò destinata) fatti e circostanze rilevanti circa le proprie condizioni generali e lo stato di salute*”<sup>59</sup>.

Siamo, dunque, dinanzi a manifesto giudiziario no vax?<sup>60</sup> La risposta merita di essere positiva se alla pandemia viene data una visione d’insieme, comunitarista, come un’immane tragedia che ha generato un numero elevatissimo di morti e ha messo a dura prova la tenuta del nostro sistema sanitario. Merita di essere positiva se si conferisce all’Autorità, nonché all’interesse pubblico e alla salute collettiva, un primato quasi aprioristico e dunque assoluto e indiscutibile. Merita di essere positiva dinanzi all’*aut aut* posto dalla dottrina: “*Delle due dunque l’una: o i vaccini servono (e sono, anzi, sommamente utili), ed allora proprio per ciò sono nella presente congiuntura necessari, per tutti. Oppure non servono o sono (o si teme che siano) addirittura dannosi, ed allora chiaramente non vanno somministrati, a nessuno, a partire proprio dal personale sanitario che è, in via generale, preposto alla salvaguardia della salute individuale e collettiva. Un’alternativa stringente, come si vede, che non concede spazio per soluzioni diverse e quodammodo mediane tra i poli estremi suddetti*”<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibid*.

<sup>59</sup> *Ibid*.

<sup>60</sup> Come è stato autorevolmente sostenuto, sia pure con riferimento all’ordinanza istruttoria dello stesso CGARS n. 38/2022, che ha determinato le fondamenta per quella oggetto di esame: cfr. G. CORSO, *Un manifesto giudiziario no vax?*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale.

<sup>61</sup> A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale*, cit., 9.

Se, però, si considera che l'ordinanza in questione sembra essere, semplicemente, una pronuncia sul caso concreto, emessa all'esito di una elaborata istruttoria e di un serrato confronto con i dati, il giudizio potrebbe essere diverso, se non di segno opposto. Soprattutto, se si considera il fatto che una simile pronuncia sembra trovare una sua acconcia dimensione nel quadro dell'attuale costituzionalismo democratico, mostrandosi rispettosa del rapporto tra democrazia e giurisdizione, astretto tra momenti di tensione e rischio di confusione<sup>62</sup>, nell'aver effettuato una piana operazione di sussunzione mediata dalla valutazione dei principi costituzionali rilevanti nel caso di specie<sup>63</sup>.

Nel caso, infatti, il CGARS ha: *a*) individuato la norma del caso concreto (art. 4 del decreto-legge n. 44/2021), recante l'obbligo vaccinale agli studenti di corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie; *b*) esaminato tale disposizione con la lente delle norme costituzionali (in particolare, l'art. 32 Cost.) e dei principi costituzionali in materia (quelli enucleati, su tutte, da Corte Cost. n. 5/2018); *c*) evidenziato la tensione tra la prima e i secondi, attraverso l'esame dei dati; *d*) rimesso gli atti alla Corte Costituzionale al fine di poter sindacare la fondatezza del contrasto ipotizzato.

L'ampio uso dei dati per giustificare il delicato percorso intrapreso colloca l'ordinanza del CGARS al di fuori del soggettivismo giudiziale e, anzi, sembra poterle attribuire una certa dose di prevedibilità, mostrandosi scevra da sentimentalismi<sup>64</sup> volti ad attribuire all'interesse pubblico e della collettività un primato tutto da verificare alla prova dei fatti, dei dati e del caso concreto, appunto.

Ci si potrebbe interrogare sul fatto se la pronuncia pecchi nel dare troppo rilievo all'interesse del singolo cittadino dinanzi a quello della collettività, perché è chiaro che l'esame accurato di tutte le complicazioni possibili scaturenti da una vaccinazione obbligatoria generalizzata potrebbe indurre i decisori a non disporla mai<sup>65</sup>. Ma il CGARS ha potuto rintuzzare anche su tale aspetto, mettendo in rilievo come i principi declinati dalla Consulta non sembrano lasciare

---

<sup>62</sup> Temi affrontati in modo sistematico nel recente saggio di P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto a giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

<sup>63</sup> E. SCODITTI, *Giurisdizione per principio e certezza del diritto*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4, secondo cui "vi è da aggiungere che la stessa classica operazione di sussunzione nella fattispecie legale è destinata a mutare quando si entra nell'universo dei principi costituzionali. La sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta è mediata dai principi, nel senso che la regola – attraverso la quale si procede alla sussunzione – è resa conforme a Costituzione mediante l'interpretazione adeguatrice al bilanciamento fra principi" (25-26).

<sup>64</sup> R. LOMBARDI, F. SANTINI, *Green pass ed obbligo vaccinale*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> Al riguardo, Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, la quale, in tema di epatite B, aveva avuto modo di rilevare che "la prescrizione indiscriminata e generalizzata di tutti gli accertamenti preventivi possibili, per tutte le complicanze ipotizzabili e nei confronti di tutte le persone da assoggettare a tutte le vaccinazioni [potrebbe rendere] di fatto praticamente impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari".

spazio a valutazioni di natura quantitativa rispetto al tema degli effetti avversi conseguenti alle vaccinazioni anti Covid, anche alla luce dei delicati profili etici riconducibili alla individuazione dei soggetti a cui debba spettare la percentuale di “sacrificabili”<sup>66</sup>.

## 6. Conclusioni

La potenziale antitesi tra individuo e collettività, tra *demos* e cittadino<sup>67</sup> – o per meglio dire tra comunità di interessi, retta dal criterio della mera coordinazione di condotte, e comunità di vita – merita di essere risolta alla luce della fattispecie giuridica concreta in cui questa assume rilievo.

Si aprono due vie: porre al centro della condotta controversa il dovere dell’individuo di obbedire alle leggi, tanto più in pendenza di una emergenza pandemica e tanto più se si volge lo sguardo al fatto che, in una situazione di tal fatta, un simile dovere trova peraltro una nobile ispirazione: il principio di solidarietà, che la Costituzione presidia e favorisce<sup>68</sup>; mettere *tout court* al centro l’individuo nella duplice dimensione di soggetto autonomo avente pari dignità rispetto agli altri e di persona morale<sup>69</sup>. Questa centralità dell’individuo nello Stato costituzionale trova la sua fisiologica declinazione in sede processuale dove la legge generale e astratta diviene il necessario presupposto per la individualizzazione del fenomeno giuridico, per mezzo, appunto, del processo, della sua istruttoria e della decisione finale<sup>70</sup>. Ed è proprio in questa dimensione che deve porsi la questione della legittimità costituzionale della norma utile al caso concreto al fine di dirimere la controversia.

Nel caso del decreto-legge n. 44/2021, la questione sollevata dal CGARS con l’ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale qui in esame ha riguardato una norma volta a imporre un obbligo vaccinale in un periodo di emergenza

<sup>66</sup> CGARS, ord. n. 351/2022, cit.

<sup>67</sup> L. FERRAJOLI, *Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, secondo cui “Il popolo [...] non è un «corpo politico» organico, cioè una sorta di macrosoggetto dotato di un’impossibile e impensabile identità e volontà unitaria. Al contrario [...], esso è un soggetto collettivo i cui componenti sono accomunati soltanto dalla titolarità delle medesime modalità costituenti o aspettative costituite. Ne consegue – possiamo ora precisare, rovesciando l’idea che la costituzione supponga un *demos* del quale sarebbe espressione – che il popolo, non diversamente dalla sfera pubblica, è costituito proprio dalla comune titolarità, in capo a ciascuno dei suoi componenti, dei medesimi diritti fondamentali, cioè dell’uguaglianza en droits tra essi istituita dal patto costituzionale.

È dunque l’uguaglianza nei diritti fondamentali, e non già una supposta volontà comune di una supposta entità collettiva organica, che genera «l’unità di un popolo», nell’unico senso in cui di una tale unità si può parlare in democrazia” (928-929).

<sup>68</sup> È stato però osservato che, “se un soggetto attivo si riconosce in questo rapporto, esso non è l’individuo singolo coi suoi diritti originari da far valere anche contro il potere di governo ma il popolo nella sua totalità, in cui l’individuo singolo scompare come soggetto di diritti”: N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, 57.

<sup>69</sup> ID., *op. ult. cit.*, 60.

<sup>70</sup> A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 283 ss.

epidemiologica da Covid-19 posta a presidio della salute, tanto individuale (dei destinatari della norma) quanto collettiva (pubblica). Il contrasto tra questi due interessi sembra ineluttabile anche in presenza di un solo cittadino 'sacrificabile'.

Ebbene, alla ricordata ordinanza del CGARS va indubbiamente ascritto un merito precipuo, che è quello di aver posto al centro del proprio scrutinio l'individuo autonomo ed etico, facendo intendere che lo stesso non è un mero funzionario del bene collettivo<sup>71</sup>, ma un portatore di interessi da coordinare con gli interessi altrui. La notevole e accurata istruttoria è l'alveo su cui riposa tale (rinnovata) centralità, forse rimasta (troppo) sullo sfondo di altre pronunce contermini.

Resta il fatto che solamente la Consulta potrà dirimere il dilemma se l'interesse dell'individuo alla propria autodeterminazione potrà prevalere sull'interesse della collettività. Al servizio di tale complesso compito vi sono i principi che essa stessa ha formulato affinché non vi sia tensione e contrasto tra l'imposizione di un obbligo vaccinale e l'art. 32 Cost., e cioè che il trattamento vaccinale sia destinato a migliorare e a preservare non solo lo stato di salute di colui che vi è assoggettato, ma anche lo stato di salute degli altri, e che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano tollerabili<sup>72</sup>.

Potrebbe essere l'occasione per sciogliere un nodo: se la tutela della salute fosse espressione di un patto di solidarietà tra individuo e collettività<sup>73</sup>, allora i casi di effetti collaterali da vaccinazione obbligatoria sarebbero per definizione tollerabili anche in virtù della loro indennizzabilità<sup>74</sup>; se, invece, fosse il principio personalistico ad essere ritenuto prioritario per la risoluzione della questione *de qua*, ponendo al centro il rispetto della singola persona come precipuo e da tutelare *uber alles*<sup>75</sup>, le conclusioni sarebbero destinate ad essere meno nette.

Il tema dei valori di partenza sarà comunque decisivo<sup>76</sup> per sciogliere l'ampia portata dei principi in questione.

I nuovi principi che lo stesso Giudice delle leggi è chiamato ad esprimere potrebbero essere formulati in un momento in cui la crisi pandemica e la conseguente necessità di disquisire di un obbligo vaccinale potrebbe essere ormai superata.

Ma in un ambito sempre di Stato di prevenzione<sup>77</sup> simili principi non potranno che orientare contegni futuri, ad indubitabile beneficio, in termini di migliore chiarificazione di un rapporto intricato, dei diritti e dei doveri dei cittadini.

---

<sup>71</sup> Benché, è evidente, vi sono casi in cui tale funzione si rende non solo accettabile, ma anche necessaria, a seconda dei casi concreti.

<sup>72</sup> Corte Cost. n. 5/2018, cit.

<sup>73</sup> Cfr. Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 118.

<sup>74</sup> Cfr. Corte Cost. n. 118/2020, cit.

<sup>75</sup> C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., 155.

<sup>76</sup> F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia*, cit., 86-87.

<sup>77</sup> E. DENNINGER, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo e legge fondamentale* di C. Amirante (a cura di), Torino, 1998, 38. Concetto rievocato nel recente lavoro di V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia*, cit., 292.



*Relazione Conclusiva*



# 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’ordine 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.



Nuove autonomie nr. speciale I-2022

*Notizie autori*

MARCO ARMANNO

*Professore associato di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo*

GAETANO ARMAO

*Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo*

FELICE BLANDO

*Ricercatore universitario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Palermo*

MARCO CALABRÒ,

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania  
"Luigi Vanvitelli"*

ELISA CAVASINO

*Professoressa associata di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo*

GUIDO CORSO

*Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università degli studi di RomaTre*

ANDREA CRISANTI

*Professore ordinario di microbiologia e microbiologia clinica nell'Università degli studi di Padova*

LUCIANA DE GRAZIA

*Professoressa associata di diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Palermo*

LOREDANA GIANI

*Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università Europea di Roma*

ROBERTA LOMBARDI

*Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi del Piemonte  
orientale*

LAURA LORELLO

*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo*

ALESSANDRO MANGIA

*Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Milano "Cattolica  
del Sacro Cuore"*

MARCO MAZZAMUTO

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo*

IDA ANGELA NICOTRA

*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Catania*

ARISTIDE POLICE

*Professore ordinario di diritto amministrativo nella LUISS "Guido Carli"*

LUCA RICOLFI, *Professore ordinario di Psicometria nell'Università degli studi di Torino*

ANTONIO RUGGERI

*Professore emerito di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Messina*

FABRIZIA SANTINI

*Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi del Piemonte orientale*

ANTONELLA SCIORTINO

*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo*

ANNA SIMONATI

*Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Trento*

MARIO R. SPASIANO

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

GIUSEPPE VALDITARA

*Professore ordinario di diritto romano e diritti dell'antichità nell'Università degli studi di Torino*

FILIPPO VARI

*Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università Europea di Roma*

JACOPO VAVALLI

*Docente di appalti e contratti pubblici presso la SNA-Scuola Nazionale dell'Amministrazione*

GIUSEPPE VERDE

*Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo*

ALBERTO ZITO

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Teramo*



FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI LUGLIO 2022  
PRESSO GRAFICA ELETTRONICA SRL, NAPOLI