

Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali*

Michele Massa**

SOMMARIO: 1. Questioni, esiti, profili di interesse. – 2. *Amici* turbolenti. – 3. Inammissibilità per difetto di giurisdizione del TAR. – 4. Dati scientifici: aggiornati e ufficiali. – 5. Ambiti delle valutazioni scientifiche. – 6. Ambiti delle valutazioni politiche. – 7. Oneri e obblighi. – 8. Postilla: una quarta sentenza.

1. Questioni, esiti, profili di interesse

Le tre sentenze¹, delle quali qui si propone una prima lettura, sciogliono molte delle questioni sollevate in merito agli obblighi vaccinali per il contrasto del COVID-19, introdotti a partire dalla primavera del 2021 e più volte rimodulati². Insieme a una precedente decisione del Consiglio di Stato sulla stessa materia³, queste pronunce dovrebbero mettere la parola fine ad alcune turbolenze emerse, sia pure in modo piuttosto isolato, nella giu-

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, michele.massa@unicatt.it.

¹ Sentenze 9 febbraio 2023, nn. 14-16, tutte discusse in pubblica udienza il 30 novembre 2022 e decise il 1° dicembre 2022.

² Una utile silloge delle evoluzioni normative si trova nella sentenza n. 15, p.to 7 in diritto.

³ Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045. La decisione riguardava l'imposizione degli obblighi vaccinali ad esercenti professionali sanitarie ed operatori di interesse sanitario nella Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, ma a tale scopo esaminava anche (p.to 23 ss.) eccezioni di illegittimità della retrostante normativa primaria in relazione alla Costituzione, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si è trattato di una decisione talmente approfondita, che ad alcuni è parso tendesse a sovrapporsi appunto alle competenze della Corte costituzionale: B. LIBERALI, *Le vaccinazioni contro il Covid-19 davanti alla Corte costituzionale. Profili processuali e di merito*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2022, p. 349.

risprudenza di merito⁴ e concorrere a garantire la sostanziale tenuta, con alcuni aggiustamenti, dei principali pilastri della legislazione sull'emergenza pandemica⁵.

In estrema sintesi e con qualche semplificazione⁶, scomponendo i contenuti delle sentenze e integrandoli in una griglia logica unitaria, le questioni⁷ sollevate riguardavano:

- 1) quanto agli obblighi di per sé considerati, se sia conforme all'art. 32 Cost.:
 - a) sotto il profilo della sicurezza del trattamento sanitario, (continuare a) imporre vaccini dopo la somministrazione dei quali il sistema di farmacovigilanza abbia registrato un certo numero di segnalazioni di eventi avversi anche gravi⁸;
 - b) sotto il profilo dell'idoneità rispetto allo scopo perseguito, imporre vaccini inadeguati a prevenire con certezza il contagio individuale⁹, in luogo di test capaci di rivelare volta per volta l'infezione eventualmente in atto in ciascun paziente¹⁰.
- 2) quanto agli stessi obblighi e alle limitazioni della loro portata, se sia conforme all'art. 32 Cost., nella fase del *triage* pre-vaccinale:

⁴ Vedi anche Trib. Pisa 6 luglio 2022. Si noti che le ordinanze su cui si pronunciano le tre sentenze in commento sono relativamente numerose, ma sono in gran parte riconducibili a un numero ristretto di magistrati: le due ordinanze del TAR di Milano hanno lo stesso relatore e un collegio in gran parte uguale; le numerose ordinanze del Tribunale di Brescia sono firmate dallo stesso magistrato (solo in un caso come componente e presidente di un collegio). Allo stesso magistrato del Tribunale di Padova, che ha sollevato una delle questioni qui in esame, vanno ascritti (ordinanza del 17 dicembre 2021) i quesiti rivolti in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE nella causa C-765/21, discussa il 18 gennaio 2023.

⁵ Cfr. in particolare Corte costituzionale, sentenza 12 marzo 2021, n. 37 (con nota di L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in questa *Rivista*, 2021, p. 1), sul riparto di competenze tra Stato e Regioni; sentenza 22 ottobre 2021, n. 198, sull'uso del d.P.C.m. per limitare le libertà individuali (con nota di A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in questa *Rivista*, 2021, p. 9, e con tesi critiche contro le quali cfr. convincentemente M. LUCIANI, *Salus, Modena, Mucchi*, p. 45, nonché, volendo, M. MASSA, *A General and Constitutional Outline of Italy's Efforts Against COVID-19*, in E. HONDIUS, AA. (a cura di), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge (UK), Intersentia, pp. 43-44. Il tema è ormai oggetto di trattazioni monografiche, cfr. L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, 2021; M. RUBECCHI, *I decreti del Presidente. Studio su D.P.C.M., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Torino, 2022; sentenze 22 giugno 2021, n. 128, e 11 novembre 2021, n. 213, sulla moratoria delle esecuzioni immobiliari; sentenze 23 dicembre 2020, n. 278, e 6 luglio 2021, n. 140, sulla sospensione dei termini di prescrizione. Gli aggiustamenti si trovano appunto nelle cit. sentenze nn. 213 e 140 del 2021, che temperano le misure rispettivamente in esame, in un caso sottolineandone la temporaneità, nell'altro rimarcando la necessità di certezza del diritto e prevedibilità.

⁶ Ad esempio, si prescinde dalle questioni dichiarate inammissibili per difetto di motivazione sulla manifesta infondatezza, o a quelle che le parti dei giudizi principali hanno tentato di portare alla cognizione della Corte costituzionale, andando al di là di quanto dedotto dai tribunali rimettenti.

⁷ Riassunte anche in B. LIBERALI, *op. cit.*, pp. 354 ss.

⁸ Questo tema occupa la maggior parte della sentenza n. 14 del 2023. È uno di quelli sollevati dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (CGA), oggetto di analisi corale in un numero speciale (1/2022) di *Nuove autonomie* (il quale prendeva spunto dall'ordinanza istruttoria precedente a quella di rimessione), oltre che di una ferma critica in A. POLICE, *Obbligo vaccinale tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2264 ss. (anche questo nel contesto di una trattazione monografica, estesa a profili molteplici, anche civilistici, e aperta da E. GABRIELLI, U. RUFFOLO, *Introduzione*, *ivi*, pp. 2254-2255).

⁹ Sentenza n. 15 del 2023, p.ti 10.3 e 11.1-2 in diritto.

¹⁰ Sentenza n. 14 del 2023, p.to 13.1 in diritto; sentenza n. 15 del 2023, p.to 11.3 in diritto.

- a) ridurre il ruolo dei medici di medicina generale, a vantaggio di quelli vaccinatori, nella determinazione dei casi di esenzione giustificati da condizioni cliniche individuali¹¹;
 - b) non affiancare all'anamnesi l'esecuzione di esami di laboratorio o test genetici¹².
- 3) quanto al mancato adempimento degli obblighi e alle conseguenze di esso, nel caso consistenti nella sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, se sia legittimo:
- a) sotto il profilo della proporzionalità, il bilanciamento operato tra l'interesse collettivo alla tutela della salute e il diritto individuale al lavoro¹³, dipendente e autonomo¹⁴, principalmente con riguardo alla penalizzazione di tale diritto ritenuta troppo incisiva e non contenuta nel minimo indispensabile;
 - b) sotto il profilo della ragionevolezza, per quanto riguarda il lavoratore dipendente che abbia volontariamente rifiutato il vaccino, l'esclusione:
 - i) del cd. *repêchage*¹⁵, garantito invece per i lavoratori che non abbiano potuto vaccinarsi per condizioni cliniche personali;
 - ii) dell'erogazione di un assegno alimentare, previsto in altre situazioni come la sottoposizione a procedimenti disciplinari¹⁶.
 - b) ancora sotto il profilo della ragionevolezza, per quanto riguarda il lavoratore autonomo che abbia volontariamente rifiutato il vaccino:
 - i) l'esclusione della possibilità di organizzare il proprio lavoro con modalità alternative e sicure, prevista invece per alcuni lavoratori dipendenti, come appena detto;
 - ii) la parificazione di trattamento (ossia l'estensione dell'esclusione anzidetta) fra i nuovi aspiranti professionisti che chiedano l'iscrizione all'albo, da un lato, e, dall'altro, coloro che sono già iscritti da tempo.
- 4) infine, quanto all'adempimento degli obblighi vaccinali e precisamente alle modalità di espressione della volontà individuale, se sia conforme agli artt. 3 e 21 Cost. richiedere la sottoscrizione di un modulo di consenso informato¹⁷.

¹¹ Sentenza n. 14 del 2023, p.to 14.1 in diritto.

¹² Sentenza n. 14 del 2023, pt.to 14.2 in diritto.

¹³ Sentenza n. 14 del 2023, p.ti 13.2-3 in diritto; sentenza n. 15, p.ti 11.4 e 12 in diritto.

¹⁴ La posizione dei lavoratori autonomi, anche in relazione a quanto si dirà di seguito *sub c)*, è considerata nella sentenza n. 16 del 2023.

¹⁵ Sentenza n. 15 del 2023, p.ti 13.4-7 in diritto. L'onere per il datore di lavoro di adibire, se possibile, il lavoratore a mansioni che non implicino rischi di contagio. L'espressione «*repêchage*» è più comunemente usata quando, in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, si debba verificare se fosse possibile una collocazione alternativa del lavoratore nella stessa azienda.

¹⁶ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 14 in diritto.

¹⁷ Sentenza n. 14 del 2023, p.to 14.1 in diritto. In dottrina, G. GUZZETTA, *Obbligo vaccinale e consenso informato. Profili problematici e aporie logiche*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2292 ss., 2296-2298, aveva sostenuto che l'obbligatorietà del vaccino fa venire meno la ragione (non dell'informazione, ma) del consenso, il quale al più può valere come attestazione della materiale collaborazione del paziente alla somministrazione, senza però imputazione dell'atto medico alla volontà del paziente stesso, né esonero dell'amministrazione sanitaria o di altri da eventuali responsabilità.

Tutte le questioni vengono rigettate: alcune per ragioni processuali, la maggior parte con estese motivazioni di merito. Alla base di queste considerazioni sta il *corpus* giurisprudenziale in materia di obblighi vaccinali già sviluppato dalla Corte costituzionale in passato, ora confermato e arricchito mediante l'esplicitazione di alcuni contenuti intrinseci ad esso. Nell'insieme, dunque, l'esito dei giudizi era ed è del tutto prevedibile.

Lasciando da parte la questione *sub* 4), dopo brevi annotazioni su due aspetti processuali, uno dei quali fa velo ad alcune interessanti questioni di merito, questo commento intende sottolineare la continuità fra le decisioni in esame e i precedenti – soprattutto la sentenza 18 gennaio 2018, n. 5¹⁸ – e mettere in luce, in modo prevalentemente descrittivo, alcuni dei numerosi profili di interesse¹⁹. In estrema sintesi, da queste decisioni si ritrae l'immagine di una discrezionalità legislativa condizionata alle valutazioni tecnico-scientifiche compiute dalle istituzioni di settore, ma comunque ampia, segnatamente in relazione agli strumenti giuridici da impiegare per realizzare una somministrazione adeguatamente capillare di vaccini di comprovata sicurezza e appropriatezza.

2. Amici turbolenti

Le prime due e più lunghe sentenze danno atto della presentazione di un numero cospicuo di interventi e opinioni scritte, di varia provenienza, tutti allineati alle censure dei tribunali rimettenti²⁰.

Non sorprende che gli interventi siano dichiarati inammissibili, alla stregua di principi pacifici, almeno in giurisprudenza. Più interessante che incorrano nello stesso destino gli atti che erano stati presentati in via principale come interventi e in subordine come opinioni scritte. La ragione dell'inammissibilità sta nell'eterogeneità, quanto a presupposti e

¹⁸ Anch'essa oggetto di commenti molteplici: cfr. ad es. C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 100 ss.; A. PATANÈ, *Obbligo di vaccinazione e riparto di competenze legislative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, pp. 265 ss.; N. VETTORI, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2018, pp. 181 ss.

¹⁹ Una cosa che *non* si intende fare, nemmeno indirettamente, è compilare una bibliografia ragionata – che pure sarebbe utilissima – della messe ormai sterminata di contributi in materia di obblighi vaccinali. Basta una consultazione di una qualsiasi banca dati (ad esempio, Do.Gi. dell'Istituto di informatica giuridica e sistemi giudiziari del CNR), per constatare che i relativi articoli (a tacere di monografie, collettanee, capitoli di libri ecc.) erano ancora poco numerosi fino al 2017, mentre si contano in parecchie decine dal 2021 (una sommaria consultazione, basata sulle parole dei titoli, ha restituito meno di 5 risultati in ciascuno degli anni dal 2013 al 2016; 41 nel 2018, anno della sentenza n. 5; 147 e 97, rispettivamente, nel 2021 e nel 2022). La selezione qui operata, in una nota a prima lettura, non deve considerarsi panoramica, né rappresentativa, ma al massimo esemplificativa di alcune delle trattazioni correnti.

²⁰ Sentenza n. 14 del 2023, p.ti 5 in fatto e 2 in diritto, nonché ordinanza senza numero allegata; sentenza n. 15 del 2023, in troppi p.ti in fatto perché sia il caso di citarli uno per uno e nel p.to 3 in diritto.

modalità processuali, dei due istituti, i quali perciò non possano coesistere, nemmeno in via alternativa o subordinata, in uno stesso atto²¹.

È una conclusione del tutto convincente. A norma dell'art. 4 NI, il cd. *amicus curiae* è, in sostanza, un contributo istruttorio, proveniente da soggetti presuntivamente qualificati, il quale fa ingresso negli atti della Corte qualora il Presidente e il relatore²² lo ritengano «utile alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità»; come tutti gli atti e le risultanze istruttorie formate nel giudizio (artt. 7, 15, 17 NI) queste opinioni sono accessibili alle parti costituite²³, ma non conferiscono ai propri autori la qualità di parti. L'intervento resta, invece, legato alla titolarità di un interesse individuale giuridicamente protetto e dotato di talune caratteristiche, passa attraverso una valutazione collegiale sulla sussistenza di tale situazione soggettiva, e abilita l'interessato a interloquire a pieno titolo con gli altri soggetti processuali nell'ambito dell'incidente di legittimità.

3. Inammissibilità per difetto di giurisdizione del TAR

Le questioni sollevate dal TAR di Milano²⁴ cadono sotto una declaratoria di inammissibilità, per un particolare tipo di difetto di rilevanza, evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, sembrerebbe, in via officiosa²⁵: il difetto di uno dei presupposti processuali del giudizio principale, vale a dire della giurisdizione del giudice rimettente. Il TAR aveva bensì motivato a questo proposito, in termini espliciti e non sbrigativi²⁶, ma la motivazione viene ritenuta evidentemente implausibile alla luce del diverso avviso espresso, dopo la rimessione, dalle Sezioni unite della Cassazione.

È una conclusione inusuale.

Non è la prima volta che si pone un caso del genere: un dubbio che investe uno dei presupposti processuali del giudizio principale – rispetto ai quali il sindacato della Corte

²¹ Vedi i precedenti citati nella sentenza n. 15 del 2013, loc. ult. cit., e specialmente le sentenze 13 maggio 2022, n. 121, e 27 ottobre 2022, n. 221. In generale sugli *amici curiae*, da ultimo, A. VUOLO, *L'amicus curiae*, relazione al seminario del Gruppo di Pisa *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, Milano, 12 novembre 2021, in versione provvisoria in www.gruppodipisa.it.

²² *Recte*: il Presidente «sentito il relatore». Formalmente, è il Presidente che prevale nella decisione di ammissione. Sostanzialmente, è il relatore, dato il suo ruolo nell'istruttoria, a trovarsi nella posizione migliore per opinare su quanto segue nel testo, ossia sull'utilità del contributo di ciascun *amicus*.

²³ Questa è un'altra differenza rispetto ai materiali istruttori formati al di fuori del giudizio, che siano raccolti nelle ricerche preliminari (informali e puramente interne, non consultabili dalle parti): ma si tratterà, allora, di dati normativi o giurisprudenziali, di pubblicazioni scientifiche o documenti ufficiali comunque accessibili al pubblico.

²⁴ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 5 in diritto; sentenza n. 16 del 2023.

²⁵ La relativa problematica era stata affrontata nei giudizi principali, ma non sembra essere stata riproposta dall'Avvocatura generale dello Stato nel giudizio incidentale (quantomeno, le due sentenze non menzionano una specifica eccezione in tal senso).

²⁶ Cfr. le due ordinanze di rimessione, TAR Milano, 30 marzo 2022, n. 712 (n. RO 42/2022), p.ti 3.2-3; 16 giugno 2022, n. 1397 (n. RO n. 86/2022), p.ti 3.2-4.

costituzionale è normalmente prudentissimo – e che, però, nelle more del giudizio incidentale, viene sciolto dalla giurisprudenza di legittimità. Ad esempio, alcuni dei primi dubbi di legittimità costituzionale della cd. legge Severino erano stati sollevati dal TAR di Napoli e pervennero all'esame della Corte costituzionale quando ormai, nel frattempo, le Sezioni unite avevano chiarito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò non impedì affatto alla Corte di entrare nel merito, «alla luce del principio di autonomia del giudizio costituzionale rispetto ai vizi del giudizio *a quo*»²⁷.

Certo, allora, militavano a favore dell'ammissibilità altre specifiche circostanze: questa tipologia di contenzioso elettorale aveva già condotto non solo al rigetto, in passato, di alcune eccezioni di inammissibilità (per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo), ma addirittura a decisioni di merito del Consiglio di Stato, il quale aveva inoltre ritenuto la questione di giurisdizione particolarmente controversa («aperta») e bisognosa di approfondimento²⁸. Nel caso odierno, non ci si poteva appigliare a pronunce di questo genere e tutto stava nel valutare con quale grado di evidenza le motivazioni del giudice ambrosiano apparissero implausibili. Una valutazione, a propria volta, opinabile.

Il rigore con cui essa è stata condotta e il conseguente esito di inammissibilità cambiano poco ai fini della sentenza n. 15: il TAR aveva sollevato questioni sul *repêchage* e sull'assegnazione alimentare per i lavoratori dipendenti essenzialmente omogenee ad altre, sollevate in giudizi civili, che sono state comunque risolte nel merito.

Diverso è il discorso per la sentenza n. 16. Qui l'inammissibilità preclude l'esame della fondatezza delle questioni riguardanti i lavoratori autonomi²⁹. Quale sarebbe stato il loro destino, se fossero state giudicate nel merito? E quale sarebbe, se venissero riproposte ritualmente da un giudice civile? La Corte nulla dice, nemmeno per implicito, nella sentenza n. 16. Non resta allora che riportarsi alle difese dell'Avvocatura generale dello Stato³⁰ e, soprattutto, agli argomenti evincibili dalle altre due sentenze. Sarebbe forse ingeneroso, in questo senso, ritenere che l'esito processuale sia stata una comoda via di fuga³¹: il complesso delle sentenze in commento fornisce indicazioni almeno indirette sul modo in cui la legislazione in esame può essere assoggettata a sindacato giudiziario.

A tutta prima, non sembrano affatto irresistibili le censure per irragionevolezza, in relazione a nessuna delle differenziazioni o uniformazioni enucleate: la situazione dei lavoratori autonomi è diversa da quella dei dipendenti, appunto perché la tutela della salute collet-

²⁷ Sentenza 19 novembre 2015, n. 236, p.to 3.1 in di rito.

²⁸ *Ivi*, p.to 3.2 in diritto.

²⁹ Riassunte sopra, *sub* 3.c)

³⁰ Sentenza n. 16 del 2023, p.to 9 in fatto.

³¹ Come alcuni ritengono sia avvenuto in altre occasioni: cfr. S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 365. Il caso sarebbe l'ordinanza 9 novembre 2006, n. 369, in materia di fecondazione assistita (lì con l'argomento dell'aver il rimettente sollevato la questione su una sola delle varie disposizioni dalle quali lui stesso desumeva la norma sospetta).

tiva non è mediata dalla responsabilità organizzativa datoriale³²; rispetto a tale esigenza di tutela, è difficile ravvisare un fattore capitale di differenziazione nella posizione di coloro che sono già iscritti all'albo, anche se effettivamente essi sono esposti alla perdita non solo dei compensi (come avviene anche per i lavoratori dipendenti sospesi senza assegno alimentare), ma pure dell'avviamento professionale; la situazione di chi rifiuta di vaccinarsi non può essere paragonata a quella di chi non può farlo³³.

Più serio è il problema della proporzionalità, sotto il profilo del canone del minimo mezzo: non sarebbe stato sufficiente limitare il divieto di prestazioni professionali a quelle sole che comportano contatti e rischi di contagi interpersonali, come era previsto inizialmente³⁴? L'Avvocatura risponde: «rientra nella discrezionalità legislativa scegliere le modalità con cui fronteggiare la situazione pandemica in atto» e, in particolare, demandare agli Ordini professionali la sospensione *tout court* del professionista inadempiente. Si sarebbe potuto aggiungere: introdurre la delimitazione patrocinata dal TAR avrebbe complicato l'attuazione della normativa in questione, vale a dire avrebbe imposto ai competenti organi di vigilanza di accertare come in concreto fossero state organizzate le prestazioni in ipotesi svolte da professionisti non vaccinati³⁵. Come si è provato ad argomentare in altra sede³⁶, diversi fattori consigliano particolare prudenza nel sindacato giudiziario sulle misure pandemiche. Tra questi vi sono le ragioni d'urgenza nel disporre, che possono giustificare ponderazioni più speditive dei diversi interessi in gioco; e inoltre le esigenze di immediatezza e capillarità nell'applicazione, anche amministrativa, delle disposizioni; esigenze, queste ultime, che pure possono concorrere a sostenere in concreto discipline più schematiche e radicali, anche quando in astratto sarebbe stato possibile confezionarne di più differenziate, dettagliate o flessibili. Naturalmente, considerazioni siffatte andrebbero sviluppate calandole nella situazione epidemiologica e vaccinale specifica del momento in cui le misure in questione furono adottate. È un peccato che la relazione illustrativa del disegno di conversione del relativo decreto-legge³⁷ non si soffermi particolarmente sul punto.

³² Così ancora l'Avvocatura generale dello Stato: sentenza n. 16 del 2023, p.to 9 in fatto.

³³ Arg. ex sentenza n. 15 del 2023, di cui cfr. specialmente p.ti 13.7 e 14.5: la maggiore protezione del diritto al lavoro di chi non ha potuto vaccinarsi rappresenta una misura solidaristica (posta, nel caso dei dipendenti, a carico del datore di lavoro) giustificata appunto da una situazione oggettiva, indipendente dalla volontà del lavoratore interessato e alla sua disponibilità ad adempiere, a propria volta, a un dovere di solidarietà.

³⁴ D.l. n. 44 del 2021, art. 4, comma 6, ultimo periodo: «[l']adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2».

³⁵ La stessa disciplina iniziale per accertare gli inadempimenti degli obblighi vaccinali era stata inizialmente dettata in termini tali, da farla ritenere ad alcuni farraginoso (R. ROMBOLI, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. n. 44/2021*, in *Quad. cost.*, 2021, p. 573) e barocca (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, p. 1310), forse perché mirava precipuamente a una sorta di «corteggiamento» degli esitanti (*ivi*, p. 1318).

³⁶ M. MASSA, *A General and Constitutional Outline*, cit., p. 42.

³⁷ A.S. n. 2463 (XVIII Legislatura). Si tratta del d.l. n. 172 del 2021, conv. in legge n. 3 del 2022.

4. Dati scientifici: aggiornati e ufficiali

Come i trattamenti sanitari vietati, così pure quelli obbligatori, compresi i vaccini, devono essere determinati «alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [...], e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»: è questo un passaggio della sentenza n. 5 del 2018 richiamato sia nella n. 14, sia nella n. 15 del 2023.

Al precedente di cinque anni fa le due decisioni più recenti si rifanno anche sotto altri due profili. In primo luogo, laddove affermano la necessità che i presupposti sanitari ed epidemiologici siano tenuti sotto osservazione costante, in modo che le misure siano opportunamente modulate nei contenuti e anche nella durata³⁸. Lo stesso era avvenuto nel 2018, quando anzi si era stigmatizzato che talune previsioni di controllo e referto periodico fossero state limitate, senza che fosse comprensibile il perché, solo ad alcuni dei vaccini pediatrici allora prescritti³⁹.

In secondo luogo, anche le sentenze in commento identificano i dati salienti con le rilevazioni e le interpretazioni offerte dalle autorità sanitaria ufficiali: Organizzazione mondiale della sanità e, più specificamente, Ministero della salute, Istituto superiore di sanità, Agenzia italiana del Farmaco, Agenzia europea per i medicinali⁴⁰. Anzi, chiosa la sentenza n. 14 quasi piccata⁴¹, il legislatore si è doverosamente basato sui dati forniti da queste autorità di settore, i quali «non possono [...] essere sostituiti con dati provenienti da fonti diverse, ancorché riferibili a “esperti” del settore [...] non è dato vedere con quali criteri scelti»⁴².

A quest'ultimo proposito, uno dei giudici rimettenti aveva svolto una propria istruttoria e si era avventurato in un'autonoma lettura dei dati riferiti dalle autorità competenti, in rapporto ad altra documentazione anch'essa autonomamente reperita e interpretata, per giungere

³⁸ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 8.2.1 in diritto.

³⁹ Sentenza n. 5 del 2018, p.to 8.2.5 in diritto.

⁴⁰ Sentenza n. 14 del 2023, p.to. 10 in diritto; sentenza n. 15 del 2023, p.to 10.3.4 in diritto.

⁴¹ P.to. 11 in diritto.

⁴² Un analogo disagio si trovava espresso in una interessante decisione amministrativa (TAR Trieste, 10 settembre 2021, n. 261, p.to 8.2): «per quanto attiene ai profili tecnico-scientifici delle censure (vale a dire le generali considerazioni sulla sicurezza e sull'efficacia dei vaccini contro il SARS-CoV-2 che accompagnano pressoché tutti i motivi di ricorso), il Tribunale non può prendere in considerazione l'alluvionale quantità di documenti, della più varia natura, provenienza ed attendibilità (che spaziano da interviste ed opinioni di esperti, ad articoli di stampa ufficiale e non, fino a studi scientifici di decine e decine di pagine), depositati dalla ricorrente. Nell'ambito di una disciplina caratterizzata, per il suo stesso statuto epistemologico, da un ineliminabile margine di incertezza, il giudice non può essere chiamato a “pesare” e valutare ogni singola opinione o fonte informativa, né avrebbe il potere e la competenza per farlo, ma deve fondare il proprio convincimento sulle informazioni ufficiali, veicolate dalle competenti autorità pubbliche, nello specifico l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) e l'Istituto Superiore di Sanità (ISS)». La sentenza del TAR cit. era stata commentata favorevolmente da D. DONATI, *La legittimità dell'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 120.

ai già enunciati dubbi sulla sicurezza dei vaccini⁴³. Diversamente, la Corte costituzionale non svolge alcuna istruttoria formale. Non lo aveva fatto nemmeno nel 2018, anche se allora aveva potuto appoggiarsi alle risultanze dell'istruttoria legislativa (e non solo)⁴⁴. Nondimeno, la ritrosia a esercitare i poteri istruttori resta del tutto condivisibile: come ha osservato di recente uno dei Vicepresidenti del Collegio, «la scelta degli interlocutori cui rivolgersi rischia essa stessa di non risultare imparziale», «[f]inanco l'impostazione iniziale delle questioni controverse non è di regola agevole e anche la formulazione dei quesiti da porre può sollevare contrasti»⁴⁵; considerazione a maggior ragione pertinente, quando le istituzioni tecnico-scientifiche e le amministrazioni sanitarie esprimono un avviso univoco e concorde⁴⁶. Come è stato osservato di recente, «[p]ensare che la giurisdizione sia affidataria privilegiata della garanzia-attuazione anche di quegli aspetti del diritto alla salute che implicano valutazioni tecnico-scientifiche e l'uso efficiente e razionale delle limitate risorse [...] disponibili è conclusione che si presta a diverse obiezioni»⁴⁷.

In questo senso pare che vada inteso l'inciso della sentenza n. 15, secondo cui «quando la scelta legislativa si fonda su riferimenti scientifici, “perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice”»⁴⁸. Considerato che, immediatamente dopo, si passa appunto a considerare gli apporti delle istituzioni di settore, l'inciso sembra voler dire che, quando tali apporti danno

⁴³ Cons. giust. amm. Reg. sic., ord. 17 gennaio 2022, n. 38. Vedi poi, nell'ordinanza di rimessione (n. 351 del 2022, cit.) ad esempio p.to 18.1: il Consiglio mette a confronto il rapporto sulla farmacovigilanza del 2022, richiamato nella relazione del collegio peritale (su cui cfr. p.to 4), con quello del 2020. Inoltre (p.to 18.4) il Consiglio si avventura in una consultazione della banca dati europea della farmacovigilanza, per poi (p.to 18.5) delibare le diverse prospettive assunte dal collegio peritale, da un lato, e, dall'altro, dai consulenti dell'interessato in merito dai dati sulla sicurezza dei vaccini.

⁴⁴ A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, 2018, p. 88. Di questo autore cfr. altresì *Istruttoria e valutazioni tecnico scientifiche*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 1, 2017; *Il diritto capovolto: regolazione a contenuto tecnico-scientifico e costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Riv. BioDiritto*, 2020, n. 1 speciale, pp. 119 ss. Vedi diffusamente anche G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020.

⁴⁵ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 16. Vedi anche in argomento S. TROILO, *op. cit.*, pp. 356 ss.

⁴⁶ Peraltro, il nucleo dei dubbi del CGA si prestava a essere smentito seccamente: un conto sono le segnalazioni di eventi avversi, un altro l'analisi del segnale. Cfr. sentenza n. 14 del 2023, p.to 10.3 in diritto, ove si riportano le pertinenti valutazioni dell'AIFA.

⁴⁷ G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscentismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p. 327. Osservazione tanto più interessante, in quanto conclusiva a conclusione di un lungo studio complessivamente orientato, di per sé, a rimarcare gli spazi di autonomia del diritto rispetto alla scienza.

⁴⁸ P.to 10.3.3 in diritto. È una citazione dalla sentenza n. 114 del 1998, dove però la questione si poneva in termini alquanto differenti: l'elemento normativo in questione (distinzione tra intossicazione abituale o cronica, da alcol da stupefacenti) era bensì tutt'altro che pacifico dal punto di vista scientifico (psichiatrico e medico-legale), ma poteva trovare un assestamento nell'interpretazione giurisprudenziale, inquadrato sistematicamente e logicamente (soprattutto alla luce del principio di colpevolezza).

indicazioni significative, univoche ed esenti da vizi macroscopici, non è dato invalidare le leggi che si basano su di essi⁴⁹. Il che, naturalmente, dà evidenza ancora maggiore al ruolo di queste autorità nel riempire di significato concetti anche costituzionali, come quello di salute o, quantomeno, di ciò che alla salute giova o nuoce⁵⁰: un aspetto sul quale l'Italia non è forse del tutto preparata, se durante la pandemia ha dovuto munirsi di un apposito Comitato tecnico-scientifico, allestito in tutta fretta, con un atto amministrativo commissariale⁵¹.

5. Ambiti delle valutazioni scientifiche

Un altro motivo di interesse delle sentenze nn. 14 e 15 del 2023 sta in alcune precisazioni sul campo da esse riconosciuto alle valutazioni scientifiche, aspetto che si intreccia con il duplice presupposto della beneficenza (o beneficalità) del trattamento imposto⁵² e della sua prevista innocuità (sicurezza)⁵³.

Sul primo profilo, in risposta ai dubbi del Tribunale di Padova, la Corte afferma che il beneficio atteso dal vaccino, in relazione alla pandemia, può ben consistere anche solo nella riduzione percentuale della complessiva circolazione del contagio⁵⁴, non necessariamente nell'attitudine ciascun singolo individuo con livelli di probabilità prossimi alla certezza.

Sul secondo profilo, sono diversi i punti di interesse, entrambi enunciati in risposta al CGA. La sicurezza del vaccino non è esclusa dal fatto che, come per tutti i medicinali, la somministrazione possa determinare, in astratto, eventi avversi, anche gravi: anche quando questi rischi sussistano, e sia impossibile individuare preventivamente i pazienti per i quali essi possono concretizzarsi⁵⁵, decisiva è la stima – da compiersi, si ripete, alla luce

⁴⁹ Il che non vuol dire affatto, peraltro, che in assenza di dati certi sia precluso al legislatore di intervenire: può, anzi deve, farlo secondo criteri di precauzione, oltre che di ragionevolezza e proporzionalità. Cfr. G. FONTANA, *op. cit.*, pp. 155 ss. (165-166 sull'applicazione del principio agli obblighi vaccinali); L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, p. 147.

⁵⁰ E quindi ai – decisivi – requisiti di integrità della ricerca scientifica che devono caratterizzare il loro operato: *ivi*, p. 160.

⁵¹ Vedi in argomento da ultimo G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quad. cost.*, 2022, pp. 73 ss.

⁵² È il primo presupposto pacificamente riconosciuto per la legittima imposizione di obblighi vaccinali: devono servire non solo a migliorare o a preservare la salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare quella degli altri. Si ricordi, peraltro, che la vaccinazione antitetanica è obbligatoria in da lungo tempo (legge n. 292 del 1963: in età pediatrica, per alcune categorie di lavoratori e per gli sportivi affiliati alle federazioni del CONI) nonostante la malattia non si trasmetta da persona a persona. In proposito, l'ordinanza 22 luglio 2004, n. 262, ha rimarcato soprattutto la responsabilità di proteggere i minori, anche contro scelte pregiudizievoli dei genitori.

⁵³ È il secondo presupposto: dal trattamento imposto non devono essere previste conseguenze negative sulla salute di chi vi è assoggettato, tranne quelle normali di ogni intervento sanitario, temporanee e di scarsa entità, per questo tollerabili. Cfr. ad es. sentenza n. 15 del 2023, p.to 10.2 in diritto.

⁵⁴ Sentenza n. 15 del 2013, p.to 11.1 in diritto.

⁵⁵ Nel qual caso, però, è dovuto un indennizzo, in forza di un filone giurisprudenziale anch'esso consolidato (su cui cfr. D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto*

dei dati scientifici ufficiali e aggiornati – dell'«incidenza a livello generale» del manifestarsi di tali eventi «anche in relazione alla loro gravità»⁵⁶. Chi e come stabilisce se il rischio di eventi avversi gravi, preventivabile in astratto, è determinabile in concreto, senza difficoltà insormontabili? Se, in altre parole, la somministrazione del vaccino, per risultare sicura, debba essere preceduta da determinati test, esami, verifiche o come meglio? La risposta si evince dalle osservazioni sulla asserita necessità di test pre-vaccinali e rimanda a quanto già detto: contano gli standard della pratica medica e le raccomandazioni delle autorità scientifiche istituzionali⁵⁷.

Queste osservazioni contribuiscono a dare spesso a quella che alcuni chiamano la riserva di scienza⁵⁸ ed altri gli accertamenti tecnici che condizionano la legittima erogazione, e a maggior ragione, l'imposizione di un trattamento sanitario⁵⁹. Sicuramente, queste valutazioni o accertamenti incorporano anche alcune delle «scelte tragiche» di cui parla la sentenza n. 14⁶⁰: appunto, la determinazione delle pratiche di *triage* congrue e la valutazione del rapporto tra rischi e benefici⁶¹. Il punto richiederebbe approfondimenti anche interdi-

all'equo indennizzo, in Oss. AIC, 2021, p. 233), applicabile a tutti i casi in cui una valutazione sia promossa nell'interesse pubblico, mediante la tecnica dell'obbligo o della raccomandazione, da parte di una Regione o dello Stato.

⁵⁶ Sentenza n. 14 del 2023, p.to 5.3 in diritto.

⁵⁷ *Ivi*, p.to 14.2 in diritto. Non è la prima volta che la Corte si confronta con il punto: cfr. sentenza 23 giugno 1994, n. 258, in cui la questione dell'insufficienza della anamnesi era stata posta in relazione al vaccino contro l'epatite B. La Corte la ritenne inammissibile, perché estranea ai propri poteri di intervento. Nondimeno, richiamò il legislatore a garantire «gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze», sia pure «entro limiti di compatibilità con le [...] esigenze di generalizzata vaccinazione», dunque evitando «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 rendesse di fatto praticamente impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari». La responsabilità di determinare questi «standards di fattibilità», si ripete, era ascritta al legislatore, le cui valutazioni discrezionali «potrebbero dover tenere anche conto del rapporto tra costi e benefici, eventualmente stabilendo criteri selettivi in ordine alla utilità – apprezzata anche in termini statistici – di eseguire gli accertamenti in questione».

⁵⁸ Ne esistono trattazioni anche monografiche: da ultimo, D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019.

⁵⁹ A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in Riv. AIC, 2021, pp. 432, 444.

⁶⁰ Riferendosi, peraltro, alla sentenza 18 aprile 1996, n. 118, sul caso assai spinoso del vaccino contro la poliomielite che, in casi rarissimi, innescava la malattia. A propria volta, questa terminologia è ricalcata su quella di un notissimo saggio statunitense del 1978, edito anche in Italia: P. BOBBIT, G. CALABRESI, *Scelte tragiche*, Milano, 1986. Vedi anche *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia*, intervista di R. CONTI a P. BOBBIT, in *www.giustiziansieme.it* (17 maggio 2020).

⁶¹ Così la sentenza n. 14 del 2023, p.to 10.3 in diritto, laddove si riporta adesivamente che l'AIFA «sostiene con chiarezza che la CMA (*conditional marketing authorization*, autorizzazione all'immissione in commercio condizionata) «certifica che la sicurezza, l'efficacia e la qualità dei medicinali autorizzati, nel caso specifico del vaccino, sono comprovate e che i benefici sono superiori ai rischi». Nessuna delle ordinanze decise con le pronunce in commento si è avventurata a sollevare la questione (agitata in dottrina: A. MANGIA, *op. cit.*, pp. 432 ss.) se gli accertamenti di efficacia e sicurezza presupposti dalla CMA siano di per sé insufficienti a giustificare l'obbligo vaccinale [il CGA l'ha dichiarata manifestamente infondata, cfr. ordinanza 22 marzo 2022, n. 351 (n. RO 38/2022), p.to 17.1]. Qualcosa di solo parzialmente simile si ritrova nel primo dei quesiti rivolti dal Tribunale di Padova alla Corte di Giustizia nella cit. causa C-765/21: «se le autorizzazioni condizionate della Commissione [...] possano essere considerate ancora valide [...] alla luce del fatto che, in più Stati membri [...] sono state approvate cure alternative al COVID SARS 2 efficaci e *in thesi* meno pericolose per la salute della persona» (altri, fra i quesiti contestualmente sollevati, riecheggiano alcuni dei dubbi respinti dalla Corte costituzionale con le sentenze in commento).

sciplinari qui impossibili, ma pare piuttosto evidente che si vada al di là dei profili strettamente biologici, in un campo di apprezzamenti statistici e clinico-pratici, ai confini con l'organizzazione e l'economia sanitaria⁶². È un crinale delicato. Certamente corrisponde ai molteplici risvolti del concetto di appropriatezza⁶³. Nondimeno, ci si potrebbe chiedere se, man mano che ci si sposta verso questi ultimi versanti, il confine con l'area rimessa alle valutazioni della legge e dell'amministrazione non si faccia più sfuggente. Per essere più chiari: non sembra seriamente revocabile in dubbio che l'attuazione del diritto costituzionale alla tutela della salute risenta della natura sociale di questo diritto e, dunque, della responsabilità pubblica di valutare l'efficienza e la razionalità dell'allocazione delle risorse⁶⁴. La questione, se mai, è quale sia il ruolo rispettivo della scienza e della politica, quando questo aspetto – più di quello clinico – si rivela quello decisivo. In ogni caso, quanto detto accresce l'importanza delle garanzie di aggiornamento, certezza e trasparenza delle procedure di valutazione delle autorità medico-sanitarie, nonché il problema delle decisioni e responsabilità politiche che si collocano a valle di valutazioni siffatte.

6. Ambiti delle valutazioni politiche

Il campo che le sentenze in esame riconducono in modo più ampio alle scelte politiche è, appunto, a valle delle valutazioni di appropriatezza: posto che determinati trattamenti e pratiche siano benefici, prevedibilmente innocui e appropriati, spetta alla politica stabilire come proporli al pubblico, se mediante la tecnica della persuasione o quella della prescrizione, e poi secondo quali formulazioni specifiche dell'una o dell'altra⁶⁵.

Anche questa affermazione è del tutto in linea con i precedenti. Vi si era affermato che rientra nella discrezionalità del legislatore non solo scegliere tra la raccomandazione e l'obbligo, ma anche, «nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie,

⁶² Profilo che emerge anche altrove: cfr. ad es. sentenza n. 15 del 2023, punto 11.3, laddove si esclude che l'esecuzione periodica e frequente di tamponi sia idonea a conseguire lo stesso risultato preventivo delle vaccinazioni (sia perché ovviamente essa non previene il contagio, né copre tutte le finestre di tempo, sia) perché «avrebbe avuto costi insostenibili e avrebbe comportato uno sforzo difficilmente tollerabile per il sistema sanitario, già impegnato nella gestione della pandemia» (sentenza n. 15 del 2023, p.to 11.3 in diritto; sentenza n. 14 del 2023, p.to 13.1 in diritto). Questi sono, però, aspetti che le due sentenze riconducono all'ambito di valutazione politica sulla proporzionalità dell'obbligo vaccinale agli scopi perseguiti.

⁶³ Risvolti clinici, organizzativi e financo temporali, che condizionano la stessa inclusione di un trattamento sanitario nei livelli essenziali di assistenza: cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, e M. COSULICH, G. GRASSO, *Le prestazioni sanitarie*, entrambi in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, pp. 35, 347-349.

⁶⁴ Cfr., con riguardo alla materia qui in esame, G. FONTANA, *op. cit.*, p. 175, ed estesamente L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, pp. 83 ss.

⁶⁵ Torna alla mente la riflessione di N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969, pp. 1313 ss.; *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Sociol. dir.* 1984, 3, pp. 7 ss. su incentivazione e sanzione come funzioni entrambe ascrivibili al diritto, anche se la raccomandazione può passare sia mediante l'offerta di veri e propri benefici (la somministrazione gratuita di un trattamento), sia mediante strategie di persuasione.

volte a garantire l'effettività dell'obbligo⁶⁶. In effetti, «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 giuridici⁶⁷: la medicina può dire se un trattamento è appropriato e, in questo senso, doveroso in vista dell'obiettivo di garantire la salute; spetta alla politica tradurre questa doverosità medica in doverosità giuridica di prestazione, o addirittura in obbligo individuale di ricevere il trattamento, stabilendo le relative regole, condizioni e garanzie⁶⁸.

Le sentenze in esame squadernano molte delle dimensioni di questa discrezionalità e responsabilità, e la loro attitudine a mutare nel tempo, con il mutare delle circostanze. Nel caso, si è trattato di scegliere a quali categorie offrire prioritariamente il vaccino; poi, di introdurre gradualmente l'obbligo «solo dopo alcuni mesi dall'avvio della campagna vaccinale [...], tenendo conto, evidentemente, della non completa adesione allo stesso nell'ambito delle categorie interessate⁶⁹; ancora, di stabilire gli esatti termini giuridici di questo obbligo, le procedure per la verifica del suo adempimento, le possibilità di ricollocazione in mansioni differenti e le ricadute sul trattamento retributivo. Valutazioni, le ultime due, che si intrecciavano a propria volta con quelle sulle esigenze operative di specifiche compagnie aziendali, segnatamente sanitarie⁷⁰, e in generale con la stima degli oneri posti a carico dei datori di lavoro.

Qui difficilmente si potevano applicare parametri costituzionali diversi dai principi generali di proporzionalità (bilanciamento di principi in una singola situazione normativa) e ragionevolezza (giudizio triadico sulle differenziazioni o uniformazioni di trattamento di due situazioni normative, in rapporto a un determinato principio costituzionale)⁷¹. Di que-

⁶⁶ Sentenza n. 5 del 2018, ancora p.to 8.2.1 in diritto.

⁶⁷ *Ivi*, p.to 8.2.4 in diritto. Su questo inciso cfr. le opposte valutazioni di A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni*, cit., p. 93, e D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni*, cit., p. 245.

⁶⁸ La comune finalità delle varie tecniche è evidenziata anche dalle sentenze 26 maggio 2020, n. 118, e 14 dicembre 2017, n. 269. Vedi in argomento B. LIBERALI, *op. cit.*, p. 344, ed *ivi* riferimenti agli altri saggi della stessa autrice su questo tema.

⁶⁹ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 10.3.1 in diritto. Il piano è stato adottato e aggiornato con due decreti ministeriali del 2 gennaio e del 12 marzo 2021, in base alle norme previste nella legge di bilancio per il 2021 (n. 178 del 2020, art. 1, commi 457 e seguenti). Tuttavia, era stato già comunicato alle Regioni e discusso e approvato dal Parlamento nel dicembre 2020. Gli operatori sanitari e sociosanitari vi erano indicati come categorie da vaccinare con priorità assoluta, con le seguenti motivazioni (vedi il piano stesso in G.U., serie generale, 24 marzo 2021, n. 72, p. 29): rischio più elevato di contrarre l'infezione, nonché di trasmetterla a pazienti vulnerabili; opportunità di mantenere la resilienza del servizio sanitario; principio di reciprocità, indicato dallo *Strategic Advisory Group of Experts on Immunization* (SAGE) dell'OMS (*WHO SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination*, 14 settembre 2020).

⁷⁰ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 13.4 in diritto.

⁷¹ Per maggiori, ancorché preliminari, precisazioni sul senso in cui uso queste categorie rinvio a M. MASSA, *Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Notazioni introduttive*, in corso di pubblicazione su *Lo Stato*. I riferimenti all'applicazione della tecnica del bilanciamento (ossia, del test giudiziario di proporzionalità, in applicazione del relativo principio) sono molto diffusi nella letteratura in argomento: cfr. ad es. C. PINELLI, *op. cit.*, p. 102; in riferimento ai vaccini contro il COVID-19 G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Rivista AIC*, 2021, pp. 338, 351, ma *passim*, il quale è tra coloro che hanno argomentato con maggiore perentorietà nel senso corrispondente al titolo, insieme ad A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, pp. 170 ss. Vedi anche A. D'ALOIA, *Introduzione*, in *La tempesta*

ste applicazioni, ci si limita a sottolineare due aspetti: diversamente da quanto avvenuto in altri casi⁷², la Corte non abbraccia la logica dei numeri e si astiene dal considerare dati sui tassi di esitazione vaccinale, categoria per categoria, o sui problemi effettivi delle strutture sanitarie; in questo senso, il sindacato di proporzionalità si mostra particolarmente deferente. Inoltre, in modo del tutto condivisibile il giudizio accosta le norme speciali in esame al paradigma generale del rapporto di lavoro, sotto il profilo della sinallagmaticità e dei doveri per la tutela della sicurezza che incombono su tutte le imprese. Certo, ci sono differenze tra le due normative. In linea generale, rifiutare un vaccino (non obbligatorio per specifica previsione di legge, ma) fornito dal datore di lavoro, «su conforme parere del medico competente», per la prevenzione di un rischio specifico di contagio, comporta che il lavoratore sia adibito, «ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza»⁷³; si discute, poi, di cosa dovrebbe accadere ove la ricollocazione non sia possibile⁷⁴. La normativa speciale, invece, ha sancito un obbligo espresso, ha assorbito in se stessa le valutazioni sulla necessità del vaccino; ha prefigurato con precisione, e variabile grado di rigore, le conseguenze del rifiuto di vaccinarsi; ha configurato in termini nettamente differenti i doveri di solidarietà nei confronti dei lavoratori che si trovano nell'impossibilità di svolgere le proprie mansioni per cause indipendenti dalla propria volontà. Ma qui, davvero, senza scomodare la teoria dell'emergenza come fonte fatto, sono la specificità della situazione e il carattere quasi (o forse proprio) provvedimentale delle misure adottate a rendere molto difficile che, nella comparazione con i paradigmi generali, si potesse addivenire a un'univoca conclusione di irragionevolezza.

7. Oneri e obblighi

Un ultimo aspetto merita di essere sottolineato per la sua assenza: la questione se l'imposizione dei vaccini in esame configurasse un onere o un obbligo. La legge parla testual-

del Covid. Dimensioni bioetiche, a cura di ID., Milano, 2021, p. 20, il quale trova addirittura «sorprendente [...], almeno nei termini in cui è stata proposta, la discussione sulla obbligatorietà o meno del vaccino anti-Covid», a paragone delle limitazioni imposte ai diritti nella fase del cd. *lockdown*.

⁷² Il riferimento è sempre alla sentenza n. 5 del 2018, la cui analiticità era stata diffusamente notata, ad es. da C. PINELLI, *op. cit.*, il quale l'aveva messa in relazione con l'intento di rivolgersi anche all'opinione pubblica, in merito a una materia divenuta «scabrosa» (103).

⁷³ D.lgs. n. 81 del 2008, artt. 279, comma 2, e 42 (testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, TUSL).

⁷⁴ Vedi in argomento M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quad. cost.*, 2021, pp. 89 ss.

mente di obbligo, anche se poi soggiunge che la vaccinazione «costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati». Nemmeno questa, peraltro, è una novità: anche la ben collaudata e già citata legge sulla vaccinazione antitetanica ne parlava in termini di obbligo quando lo prescriveva a coloro che fossero impegnati in determinate attività, lavorative o sportive, dunque come condizione per il legittimo svolgimento di queste stesse attività. Senza la pretesa di entrare in disamine dogmatiche, quando sia la legge a imporre un trattamento sanitario il confine tra le due categorie è certamente evanescente. È più facile parlare di obbligo, quando l'inadempimento sia passibile di sanzione penale o amministrativa. È più difficile farlo, quando la conseguenza sia la preclusione della libertà di iniziare una determinata attività, lo svolgimento della quale comporti rischi di infezione. In mezzo, c'è un mare di situazioni intermedie: ad esempio, la preclusione di un'attività già in corso, magari costituzionalmente tutelata⁷⁵, o comunque preclusioni tali e tante da incidere in modo rilevante sulla sfera giuridica e sulle abitudini di vita degli interessati⁷⁶.

Di tutto questo, tanto i rimettenti quanto la Corte costituzionale non si occupano. Ed è giusto così: il secondo comma dell'art. 32 Cost. si presta a essere interpretato nel senso che si applica a tutti in casi in cui una incisione della sfera giuridica soggettiva si ricolleggi al rifiuto di un trattamento sanitario⁷⁷; in tutti questi casi, devono essere osservate sia la riserva di legge, sia i «limiti imposti dal rispetto della persona umana»⁷⁸, sia i principi generali di proporzionalità e ragionevolezza.

8. Postilla: una quarta sentenza

Quando questo commento a prima lettura delle tre sentenze citate era prossimo alla chiusura, ne è sopraggiunta una quarta, anch'essa relativa alla vaccinazione contro il COVID-19, ma in una situazione normativa differente, vale a dire nel contesto dell'ordinamento militare⁷⁹. Delle questioni sollevate, ne è accolta solo una (le altre restano assorbite⁸⁰), relativa a un aspetto estraneo alle considerazioni svolte sopra. In estrema sintesi, la

⁷⁵ Era uno dei temi posti dal TAR della Lombardia.

⁷⁶ Cfr. in argomento P. VERONESI, *op. cit.*, pp. 1316 ss.

⁷⁷ Cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, pp. 47-49.

⁷⁸ L'analisi specifica di questa clausola è rimasta in secondo piano, rispetto ai contenuti della giurisprudenza costituzionale sugli obblighi vaccinali. Per alcune notazioni, sia pure con riguardo ad un altro tipo di trattamenti sanitari, coattivi e non semplicemente obbligatori, rinvio a M. MASSA, *Voce Contenzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. X*, Padova, 2016, pp. 64-65.

⁷⁹ Sentenza 20 febbraio 2023, n. 25.

⁸⁰ Riguardavano la pretesa finalizzazione dell'obbligo vaccinale a finalità estranee alla tutela della salute (p.to 5 in fatto) e l'asserita violazione del rispetto della persona umana per il carattere non definitivo dell'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini (p.to 7 in fatto).

riserva di legge di cui all'art. 32, secondo comma, Cost., esigerebbe che la fonte primaria identifichi uno specifico vaccino, anche quando la decisione di renderlo obbligatorio è demandato all'autorità amministrativa. Il problema si è posto in relazione a una norma del codice dell'ordinamento militare che presentava appunto una lacuna siffatta; non riguarda la normativa specificamente dedicata alle vaccinazioni contro il COVID-19, neppure nella misura in cui esse si rivolgono al personale della difesa⁸¹. Non sembra quindi necessario soffermarsi qui su tale problema e sulla soluzione che esso ha ricevuto. Si possono solo riassumere alcune considerazioni già svolte in altra sede⁸²: non solo nell'art. 32, secondo comma, Cost. (il carattere «determinato» del trattamento sanitario imposto), ma anche nella legislazione esistono indici normativi chiari della necessaria specificità degli obblighi vaccinali; ciò, peraltro, non esclude che norme non altrettanto specifiche (come quelle del TUSL⁸³) possano attribuire rilevanza, e anche effetti sfavorevoli, al rifiuto di vaccinarsi (ad esempio, opposto dal lavoratore alla proposta, non certo di per sé obbligante, del datore di lavoro); non è contraddittorio ritenere un tale rifiuto costituisca contemporaneamente sia esercizio di un diritto soggettivo (rifiuto di trattamenti non specificamente prescritti dalla legge), sia causa di una situazione obiettiva che può comportare effetti giuridicamente rilevanti (nel caso, inidoneità alle mansioni a rischio di contagio, spostamento ad altre mansioni ecc.). Se poi, a questo proposito, riacquisti rilevanza la possibilità di distinguere oneri e obblighi, è questione che resta al di fuori non solo delle tre sentenze di cui sopra, ma anche della recentissima n. 23⁸⁴, che si può dunque oggi serenamente tralasciare.

⁸¹ Ivi vedi infatti p.to 7.2 in diritto.

⁸² M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19*, cit., pp. 93-95, 99, 104.

⁸³ Le quali, si ribadisce, non menzionano un singolo vaccino, ma più generalmente qualsiasi vaccino che il datore di lavoro, su parere conforme del medico competente, proponga come misura di sicurezza contro il rischio di esposizione ad agenti biologici.

⁸⁴ Della quale v., in proposito, il p.to 5 in diritto: ivi, ritiene la Corte, veniva in rilievo un vero e proprio obbligo, come risulta dai lavori preparatori (5.2), tutt'altro che smentiti dall'interpretazione delle disposizioni in esame (5.1).