

Corte costituzionale italiana, vaccine mandate e comparazione: verso una “comparative mentality”?*

GIOVANNA TIEGHI**

SOMMARIO: 1. Corte e comparazione: “*Splendid Isolation or Open to the World*”? – 2. La Corte costituzionale italiana alla prova della contemporaneità tra globalizzazione, emergenza e ricerca di “*good ideas*”. – 2.1. “*Good ideas*”: guardare oltre, per guardarsi dentro. “*Monitoring role*” o scrutinio attivo? – 3. Come decidere le questioni ‘tecniche’ in tempi di *Constitutional Transformations*: verso un *legal reasoning* dialogico? – 3.1. L’“*Art of Judging*” sugli obblighi di vaccinazione tra scienza, diritto e opinione pubblica: strumenti metodologici e legittima aspettativa di “*standards of fair decision-making*”. – 4. La sentenza n. 14 del 2023: una scelta precisa e ‘selettiva’ verso l’esterno. Per finalità domestiche? – 5. Approccio postmoderno alla comparazione: un’occasione persa o presa al volo?

ABSTRACT:

Le sentenze n. 14 e 15 del 2023, nelle quali la Corte costituzionale, da un lato, fa un uso esplicito dell’argomento comparatistico rinviando alle scelte legislative e giurisprudenziali di altri ordinamenti in materia di obbligo vaccinale e, dall’altro, rinvia alle indicazioni formulate dai competenti organismi internazionali ed europei, offrono lo spunto anche per affrontare il tema dell’utilizzo del metodo comparato da parte della Corte costituzionale italiana. La questione, nella prospettiva domestica, appare giuridicamente rilevante sia perché pone degli interrogativi circa il funzionamento stesso del sistema giustizia costituzionale in termini di ‘apertura alla società’ e di trasparenza dell’argomentazione; sia, poiché l’analisi di come la Corte affronta – anche metodologicamente – le questioni tecniche della scienza medica, finisce per porre in discussione lo stesso ‘tono costituzionale’ delle decisioni, aprendo scenari di rilievo in termini di cultura costituzionale, italiana e comparata.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il saggio trae spunto dalla relazione svolta al Convegno di Studi sul tema “*Gli obblighi di vaccinazione davanti alla Corte costituzionale*”, tenutosi presso l’Università degli Studi di Milano il 13 marzo 2023 e i cui Atti sono in corso di pubblicazione in B. LIBERALI, C. PADULA (a cura di), *Gli obblighi di vaccinazione davanti alla Corte costituzionale*, Napoli, 2023.

** Professoressa a contratto di *ELP- Global English for Legal Studies*, abilitata alle funzioni di professore di seconda fascia in Diritto comparato. Università di Padova, giovanna.tieghi@unipd.it.

Judgments no.14 and 15 of 2023, where the Constitutional Court, on the one hand, makes explicit use of the comparative argument referring to the legislative and jurisprudential choices of other jurisprudence in the field of vaccine mandate and, on the other, refers to the indications formulated by the competent international and European bodies, also offer the starting point to address the issue of the use of the comparative method of the Italian Constitutional Court. The issue, from a national perspective, appears to be legally relevant both because it raises questions about the very workings of the constitutional justice system in terms of 'openness to society' as well as transparency of the argument and, because the analysis of how the Court tackles – also methodologically – the technical issues of medical science, ultimately challenges the same 'constitutional tone' of the decisions, opening important scenarios in terms of constitutional culture, Italian as well as comparative.

1. Corte e comparazione: “Splendid Isolation or Open to the World”?

L'interrogativo, ancorché originariamente posto con riferimento all'ordinamento britannico, piuttosto che a quello italiano¹, coglie provocatoriamente il nucleo centrale della più ampia riflessione sul tema dell'utilizzo del diritto comparato nei diversi sistemi di giustizia costituzionale². Una più attenta analisi, infatti, offre in termini più generali – dunque, inclusivi circa la varietà di approcci³ – una significativa chiave di lettura anche con riferimento alle recenti decisioni della Corte costituzionale italiana in tema di obbligo di vaccinazione⁴. In particolare, nella sentenza n. 14 del 2023, la Corte fa un uso esplicito dell'argomento

¹ J.O. FROSINI, *Splendid Isolation or Open to the World? The Use of Foreign Law by the UK Supreme Court*, in G.F. FERRARI (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Brill/Nijhoff, 2019, pp. 29-68.

² Ampia è la letteratura sul tema, sia italiana che straniera. Per un quadro estremamente sintetico che tenga conto, cronologicamente, degli ultimi decenni, si ricorda, *ex multis*: L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni costituzionali*, 1987; L. PEGORARO, P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *DPCE*, 1999; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti costituzionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; L. PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, Bologna, 2006; B. MARKESININS, J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Oxford-Manchester, 2006; A. PIN, *Perché le Corti comparano?*, in *DPCE*, n.4/2012; T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013; P. PASSAGLIA, *Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sineddotica, una conclusione (quasi) sinestesica*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016, Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, Napoli, 2018; R. HIRSCHL, *Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence and Methodological Challenges*, in E.F. DELANEY, R. DIXON (Eds.), *Comparative Judicial Review*, Northampton (MA), 2018; G.F. FERRARI (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit.; F. BIAGI, *Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in R. GROTE, F. LACHENMANN, R. WOLFRUM (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, oxcon.ouplaw.com, 2021.

³ Varietà che nasce, a ben vedere, dalla maturata consapevolezza circa il dato che “*constitutional law is to be considered an 'open composition' of fundamental principles, the content of which is dynamically determined through the ceaseless balancing of values, in particular*”, proprio come accade in materia di vaccini, “*in the field of rights*”: G.F. FERRARI, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties*, in G.F. FERRARI (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., p. 3.

⁴ Si tratta delle decisioni della Corte costituzionale n. 14 del 9 febbraio 2023 (reperibile in file:///C:/Users/giova/Downloads/pronuncia_14_2023%20(2).pdf) e n. 15 del 9 febbraio 2023 (in file:///C:/Users/giova/Downloads/pronun-

comparatistico rinviando alle scelte legislative e giurisprudenziali di altri ordinamenti, a differenza della decisione n. 15, in cui il rinvio riguarda le indicazioni formulate dai competenti organismi internazionali ed europei⁵.

Con riferimento alla Corte Suprema britannica se l'alternativa dell'isolamento è vista come un'occasione persa – ancorché apparentemente superata da ripetuti rinvii alle decisioni dei sistemi di *common law*⁶ –, nella prospettiva italiana la questione appare giuridicamente più complessa per due ordini di ragioni: da un lato, su un piano più generale, perché pone degli interrogativi circa il funzionamento stesso del sistema giustizia costituzionale in termini di 'apertura alla società'⁷ e di trasparenza dell'argomentazione⁸. In definitiva, circa l'attività di una Corte che operi, autenticamente, 'in pubblico'⁹. Dall'altro, più complessa poiché l'analisi di come la Corte affronta le questioni c.d. tecniche – tra cui, appunto, quelle legate alla scienza medica¹⁰ – ha finito per porre in discussione lo stesso “tono co-

cia_15_2023%20(1).pdf) che hanno sancito la legittimità dell'obbligo vaccinale rispettivamente per il personale sanitario e per i lavoratori impiegati nelle strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie e scolastiche.

⁵ Nello specifico, il rinvio è alle dichiarazioni dell'OMS (del 30 gennaio 2020, 11 marzo 2020, 19 maggio 2020), alle risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite (del 20 aprile 2020) e del Consiglio d'Europa (n. 2361/2021 del 27 gennaio 2021) e alle comunicazioni della Commissione europea (17 giugno 2020 e 15 ottobre 2020) (par. n. 10.3.1 della decisione n. 15/2023, cit.).

⁶ “(...) *one would be gravely mistaken to believe that the UKSC is in the forefront in terms of judicial internationalization, cosmopolitanism or dialogue*”, si evidenzia. E ciò, proprio sulla base del fatto che “*only approximately quarter of the references concern non English-speaking countries*”: J.O. FROSINI, *Splendid Isolation or Open to the World? The Use of Foreign Law by the UK Supreme Court*, cit., pp. 66-67.

⁷ La quale va intesa, si badi bene, in una ben precisa prospettiva: quella, innanzitutto, di una “Corte costituzionale” che “dovrebbe esprimersi essenzialmente attraverso le proprie pronunce”. “Individuare modi, strumenti e argomenti attraverso cui la Costituzione è giudizialmente da custodire, salvo casi-limite in cui tutto è chiarissimo”, prosegue l'autore, “è delicata questione di interpretazione, e questa interpretazione non può che essere il faticoso risultato di decisioni su questioni concrete, all'esito, appunto, di una elaborazione giurisprudenziale”: N. ZANON, *Introduzione. Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza*, in M. LOSANA, V. MARCENÒ, *Come decide la Corte dinanzi a questioni “tecniche”*, Quad. del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, n. 19/2020, Soveria Mannelli, 2020, p. 22 e p. 24. Su ‘dovere’ dei giudici circa l'apertura alla società’ così intesa, già a partire dal momento dell'udienza pubblica: G. TIEGHI, *Corte costituzionale e dovere di sperimentazione comunicativa in udienza. Riflessioni aggiornate sul dialogo con i Giudici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2023. Per una riflessione sulle sperimentazioni di vere e proprie ‘esperienze comunicative’ di apertura – sempre nella sede giudiziale – comprensive anche di acquisizione di metodi e prassi già in uso in altri Paesi: G. TIEGHI, *Diritto, esperienze comunicative, Questioning: nuovi itinerari di giustizia costituzionale?*, in *Federalismi*, n. 14/2020.

⁸ “(...) nel rendere l'argomentazione il più trasparente possibile, infatti, la comprensione delle pronunce trarrebbe probabilmente un significativo beneficio dalla circostanza di potersi avvalere dell'esplicazione dei riferimenti comparatistici che il collegio ha avuto presenti (magari anche soltanto per poi scartarli). (...) La verificabilità dell'iter argomentativo seguito dalla Corte ne uscirebbe, in effetti”, precisa l'autore, “sicuramente rafforzata”: P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *DPCE*, n. 2/2022, p. 234.

⁹ M. BERTOLISSI, G. BERGONZINI, G. TIEGHI, *Corte costituzionale in pubblico. L'autorevolezza del giudice*, Napoli, 2023.

¹⁰ Sul rapporto tra scienza e diritto quale “antico problema”, si rinvia a P. VERONESI, *Le conseguenze scientifiche sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2009, p. 591. Sul tema, in particolare, per alcuni approfondimenti dei primi decenni del nuovo millennio: A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 maggio 2004, Torino, 2005; S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista*

stituzionale' delle questioni e, per riflesso, delle stesse sentenze costituzionali"¹¹ italiane, con evidenti implicazioni in termini di cultura costituzionale, non solo comparata.

Per come sapientemente posta, dunque, la valenza generale dell'alternativa tra *isolamento* e *apertura* alla comparazione impone che la riflessione su un sistema come quello italiano, tendenzialmente riconosciuto come atto alla "*paucity*"¹², sia orientata verso uno specifico obiettivo, di peculiare rilievo costituzional-comparatistico: si tratta di cogliere l'occasione per valutare il grado di avanzamento, in concreto, e le implicazioni sul piano nazionale, di ciò che è stato variamente definito come "*comparative*", "*global*" "*judicial dialogue*"¹³, in contrapposizione al "*constitutional monologue*"¹⁴.

Ne emerge, per il giurista, in specie comparatista, il dovere di approcciare il tema con un atteggiamento di considerevole rigore: ossia, attraverso una valutazione non decontestualizzata sul piano globale (par.2); non aprioristica (par. 2.1) e, soprattutto, finalizzata all'analisi empirica del 'perché' e del 'come' la Corte, in relazione al più ampio panorama mondiale (e non solo domestico!), sceglie – o non sceglie – di servirsi dell'argomento comparatistico per motivare la propria decisione (par. 3). Le precise scelte che la Corte ha operato nella definizione della "struttura" delle recenti motivazioni in materia di obbligo vaccinale (par. 4), si sono rivelate, infatti, fin da subito, proficue occasioni di dialogo e confronto¹⁵ in larga parte anche – ma non solo – per il ruolo che è stato assegnato all'argomento comparatistico nel *legal reasoning* delle stesse.

AIC, n. 1/2017; M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017. Da ultimo, anche a fronte della grave pandemia mondiale che i diversi sistemi hanno dovuto affrontare, si rinvia alla raccolta di alcune lezioni del Corso di perfezionamento in *Diritto e valutazioni scientifiche* del prof. Vittorio Angiolini e agli approfondimenti di specifici settori di interesse definiti "eticamente sensibili", in B. LIBERALI, L. DEL CORONA, *Diritto e valutazioni scientifiche*, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Torino, 2022.

¹¹ M. LOSANA, V. MARCENÒ, *Come decide la Corte dinanzi a questioni "tecniche"*, cit., retro volume.

¹² Definizione tratta dalla riflessione che dà conto della tendenziale scarsità, pochezza, esiguità dell'utilizzo dell'argomento comparatistico da parte della Corte costituzionale italiana, per alcuni motivata anche dal mancato rinvio alla stessa storia costituzionale (in specie, si sottolinea, dei lavori preparatori), così dimostrando che poiché "*as 'comparison involves history', if there is no history there cannot be comparison*": V. ZENO ZENCOVICH, *The Italian Constitutional Court*, in G.F. FERRARI (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., p. 455 e p. 456.

¹³ In particolare, *ex multis*, v.: M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds), *Courts and Comparative Law: In Search of a Common Language for Open Legal Systems*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015; T. GROPPI, M. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013; M. BOBEK, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013.

¹⁴ A. PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 10, 2, 2014; N. CHRONOWSKI, E. CSATLÓS, *Judicial Dialogue or National Monologue? The International Law and Hungarian Courts*, in *Elite Law Journal*, 2013; M. AMOS, *From Monologue to Dialogue: The Relationship between UK Courts and the European Court of Human Rights*, in R. MASTERMAN, I. LEIGH (eds), *The United Kingdom's Statutory Bill of Rights: Constitutional and Comparative Perspectives*, London, Proceedings of the British Academy, 2013.

¹⁵ Come si è confermato più volte nel corso del convegno sul tema "*Gli obblighi di vaccinazione davanti alla Corte costituzionale*", svoltosi all'Università degli Studi di Milano lo scorso 13 marzo e, in specie, evidenziato nel momento della relazione conclusiva del Vicepresidente prof. Nicolò Zanon (registrazione al link <https://www.radioradicale.it/scheda/692576>).

Prendendo spunto da quelle si tratterà, ora, di verificare se, quanto, e in che termini, “la funzione della comparazione” sia davvero da considerare “come strumento sempre più imprescindibile dell’agire giuridico”¹⁶ e se, nel caso specifico della decisione n. 14, l’argomento comparatistico inserito esplicitamente nella motivazione abbia – o meno - contribuito effettivamente al raggiungimento di alcuni obiettivi. Sul piano interno, di rafforzare “la pronuncia costituzionale, la sua autorevolezza e persuasività”¹⁷, così da convincere “a sostituire la misurazione empirica con la percezione dell’opportunità, se non della necessità che si avverta di volgere lo sguardo oltre i confini nazionali (...) sino a configurare la comparazione come il quinto canone di interpretazione”¹⁸. Sul piano comparato, di verificare se la Corte costituzionale italiana, alla luce di come ha operato in materia di obbligo vaccinale, abbia iniziato a fare ricorso alla comparazione non semplicemente per l’individuazione di modelli da cui trarre spunto, ma per un fine costituzionalmente più fondativo. Ossia, per “valutare il grado di rispondenza dell’ordinamento italiano agli *standards* sovranazionali (regionali)”¹⁹ e per verificare, empiricamente, “la tenuta delle soluzioni nazionali alla luce di un contesto più ampio”²⁰, profilo certamente ancora più decisivo considerando le trasformazioni costituzionali in atto per le democrazie contemporanee²¹.

2. La Corte costituzionale italiana alla prova della contemporaneità tra globalizzazione, emergenza e ricerca di “good ideas”

Lo sguardo in prospettiva comparata sulle decisioni in materia di vaccinazione obbligatoria fa proprie delle premesse – ad avviso di chi scrive – indefettibili. Ci si riferisce, da un lato, al carattere “globale” della giustizia costituzionale e, dall’altro, al contributo che la Corte costituzionale italiana dà e, soprattutto, *può dare* alla definizione della stessa quale componente essenziale del *Transformative constitutionalism*²². Il quale, non a caso, vede

¹⁶ P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 234, richiamando l'affermazione dell'allora Presidente della Corte in occasione del XVI Congresso della *Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, ora in G. SILVESTRI, *Troisième session du XVI Congrès européennes*, Vienna (12-14 maggio 2014), p. 121 e ss.

¹⁷ N. ZANON, *Introduzione. Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza*, cit., p. 22.

¹⁸ P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 235.

¹⁹ P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 239.

²⁰ P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 240.

²¹ Se ne è discusso recentemente, in occasione del *World Congress of Constitutional Law*, intitolato, appunto, *Constitutional Transformations*, tenutosi a Johannesburg, Sudafrica, lo scorso dicembre 2022 (materiale reperibile al link ufficiale <https://wcccl.co.za/>).

²² Combinazione post-liberale tra costituzionalismo e trasformazione (M. RAPATSA, *Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 years of Democracy*, in *Mediterranean Journal of Social Sciences*, vol. 5, n. 27, Dec. 2014, p. 890. Sul tema, *ex multis*: K. KLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *South African Journal on Human*

proprio le corti essere protagoniste²³, nello specifico, per come ‘parlano’ attraverso le proprie sentenze.

È dunque imprescindibile considerare, innanzitutto, che la scelta della Corte di utilizzare l’argomento comparato va contestualizzata sul piano mondiale, ossia tenendo conto delle forti spinte della globalizzazione, da un lato, ma anche dell’esperienza emergenziale pandemica mondiale, dall’altro. Tale ultima esperienza, infatti, ha inserito nel dibattito già in corso sul tema delle vaccinazioni elementi di rilevanti specificità sul piano della comparazione. Ciò ha a che vedere con alcune preliminari valutazioni circa l’importanza di:

- a) riconoscere il considerevole tentativo della Corte su più fronti e, in specie, sul piano linguistico²⁴, di elevare la sua giurisprudenza al ruolo di “*an active participant role in global constitutional discourse*” proprio per superare le critiche di ‘opacità’ della sua voce²⁵ dovute anche alla “*relative lack of both English translations of its decisions and of focused scholarly commentary in English*”²⁶;
- b) valorizzare il lavoro che sta svolgendo l’Area di diritto comparato del Servizio Studi della Corte, istituito presso la stessa²⁷. Le sue ricerche danno conto di che tipo di richieste giungono dai giudici rispetto a specifiche tematiche, e di quale tipo di materiale viene messo loro a disposizione²⁸;

Rights, n. 14/1998) che dà voce a ciò che l’emerito Chief Justice della Corte costituzionale sudafricana Pius Langa ha inquadrato quale “*permanent ideal concerning openness to other, a commitment to inclusive, democratic dialogue, and a sharing of responsibility of transformation between all three branches of government (...) in partnership with a vibrant, independent civil society*”: P. LANGA, *The Challenges facing Transformative Constitutionalism in South Africa*, Prestige Lecture tenuta presso la Stellenbosch University il 9 ottobre 2006, ora in 17 *Stellenbosch Law Review*, p. 351.

²³ G. TIEGHI, *Costituzionalismo giacobino o liberale: direttrici per la “comparazione critica di idee”*, in G. BERGONZINI, F. PIZZOLATO, G. RIVOCCHI, G. TIEGHI (a cura di), *Libertà Giovani responsabilità. Scritti in onore di Mario Bertolissi*, Napoli, 2020, da p. 378.

²⁴ Sotto questo profilo val la pena ricordare la recente realizzazione della versione inglese del sito della Corte: “*The Italian Constitutional Court is delighted to present the English version of its website. Its content, which may be easily consulted, consists of Judgments, Documents, the Pressroom and Annual Reports, sorted and divided by sections*”: in https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/PresentazioneCorte_EN.do.

²⁵ Critiche che muovevano, più analiticamente, dalla segnalazione di “motivazioni” che “risultano poco trasparenti e aperte al dialogo, sia con la dottrina, che con le corti estere, ma soprattutto con l’opinione pubblica”: T. GROPPI, *Giustizia costituzionale “Italian style”? Sì, grazie (ma con qualche correttivo)*, in *Dpce Online*, n. 2/2016, p. 390.

²⁶ V. BARSOTTI, PAOLO G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, OUP USA, 2016.

²⁷ Per avere un’idea dell’attività e delle iniziative dell’Area di Diritto comparato del Servizio Studi istituito presso la Corte e, in specie, delle diverse ricerche curate, a partire dal 2007, quale supporto all’istruttoria, si rinvia alla sezione del sito della Corte dedicata a “Studi di diritto comparato”, al link <https://www.cortecostituzionale.it/actionDirittoComparato.do>.

²⁸ Di significativo rilievo, per i fini di questo scritto, risultano essere le seguenti valutazioni, nei termini in cui dimostrano quanto è nella portata dei giudici, almeno materialmente e potenzialmente: “Dall’elenco emerge che, in un buon numero di casi in cui le decisioni della Corte recano riferimenti al diritto comparato, la Corte si è avvalsa dell’attività della struttura interna deputata alla comparazione; al contempo, però, non sono pochi i lavori presenti sul sito che *non* trovano riscontri espliciti nelle pronunce. Eppure, se lavori del genere sono stati compiuti, ciò significa che i giudici li hanno commissionati o, almeno, che li hanno potuti prendere in esame. Se traccia nelle decisioni non ne è rimasta, è lecito dedurre che gli stessi giudici, magari anche alla luce delle dinamiche della discussione in sede di camera di consiglio, non abbiano ritenuto utili trasfondere nella pronuncia le acquisizioni derivanti dalla loro lettura”: P. PASSAGLIA, *L’utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 196.

c) valutare l'effettivo grado di inveroamento del principio c.d. relazionale. Riconosciuto come tipico dell'“*Italian style*”, per alcuni quel principio caratterizzerebbe in assoluto il *modus operandi* della Corte nel contesto globale con riferimento al ruolo del bilanciamento, della ragionevolezza e della proporzionalità nelle motivazioni delle decisioni italiane²⁹. Si tratta, a ben vedere, della c.d. “*interpretative*” *relationality* che – a differenza di quella definita come “*institutional*”³⁰ – sarebbe l'indice del grado di apertura al dialogo da parte della Corte. Pur con qualche riserva circa una consolidata direzione in termini marcatamente relazionali³¹, pare in ogni caso evidente che, soprattutto la decisione n. 14 (in cui la Corte dedica due ampi paragrafi del considerato in diritto alla comparazione – il par. 12.4 e il par. 13.3 –) – si ponga come significativo esempio di un evidente tentativo all'apertura. Non tanto – e non solo –, si precisa fin d'ora, per il rinvio espresso alle soluzioni adottate in altri ordinamenti, ma per il modo con cui quel rinvio è stato strutturato. Non ultimo, per le specifiche scelte degli ordinamenti con cui confrontarsi che la Corte ha adottato, pur nel ‘selettivo’³² approccio che è tipico dei casi di utilizzo dell'argomento comparatistico.

Un tentativo di inserirsi sul piano globale per adattarsi a quei “*supposed 'canon' of comparative constitutional law*” che possono trovare giustificazione nella c.d. “*world culture whose values are ontologically prior to nation-state and their cultural idiosyncrasies*”³³? Oppure, la necessità di aprirsi per cogliere delle ‘buone idee’?

2.1. “*Good ideas*”: guardare oltre, per guardarsi dentro. “*Monitoring role*” o scrutinio attivo?

Occuparsi delle sfide della contemporaneità, soprattutto quando le Corti sono chiamate ad occuparsi delle complesse valutazioni in merito al bilanciamento dei diritti, implica l'assumere il proprio ruolo quali garanti dell'equilibrio³⁴ istituzionale e rispondere alle aspettati-

²⁹ V. BARSOTTI, PAOLO G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., pp. 231-242.

³⁰ Che riguarda la relazione con il Parlamento, i giudici nazionali e le giurisdizioni sopranazionali: V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., p. 231 e ss.

³¹ Si propende, nello specifico, per quell'analisi che ha evidenziato la tendenziale “direzione della ‘non relazionalità’” (basata su uno svolgimento dell'udienza pubblica tutt'altro che ‘relazionale’, sulla segretezza delle deliberazioni, su tecniche di motivazione senza esplicito riferimento alla giurisprudenza straniera): T. GROPPI, *Giustizia costituzionale “Italian style”?* *Si, grazie (ma con qualche correttivo)*, cit., p. 389.

³² Profilo di estremo rilievo, quello del c.d. “*cherry-picking*”, opportunamente rilevato anche per valorizzare il noto, contrario orientamento all'apertura del giudice Scalia della Corte Suprema statunitense: “(...) *Justice Scalia's criticism of 'cherry-picking' might compel comparative constitutional law scholars and constitutional jurists alike to think more rigorously about and pay closer attention to questions of methodology and case selection*”, in R. HIRSCHL, *Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence and Methodological Challenges*, cit., p. 418.

³³ R. HIRSCHL, *Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence and Methodological Challenges*, cit., p. 419.

³⁴ Sul superamento del formalismo giuridico in favore di “processi di composizione e bilanciamento”: G.F. FERRARI, *Affidamento e certezza del diritto: la prospettiva comparata*, in *DPCE*, n.3/2022, p. 395.

ve dell'umanità³⁵. In una situazione come quella generata dalla pandemia su scala globale, ciò significa anche un ruolo nel contribuire a provare a dare delle risposte in merito a problematiche condivise – mai come questa volta – sul piano globale, con un atteggiamento che sfugga qualsiasi approccio a-aprioristico. Porsi l'interrogativo di come avvantaggiarsi delle esperienze comparate e, nello specifico, di come poter contribuire al dialogo con le altre corti per la ricerca delle migliori soluzioni possibili – partendo dalla conoscenza delle loro decisioni – impone non solo “*to understand that what was right for us was not necessarily right for others*” ma, in particolare, “*to appreciate that we had something to learn from foreign systems in endeavors to reform our own modes of procedure*”³⁶. Allo stesso tempo, aprirsi all'altro significa anche riflettere su sé stessi e, non ultimo, mettere a disposizione il proprio operato.

Tale atteggiamento plurale implica, in altre parole, una scelta ben precisa, che non vincola a priori: è la scelta di porsi “*in favor of good ideas*”, come ha sottolineato durante la procedura di nomina dinanzi al Senato nel luglio 2010, colei che sarebbe divenuta la Associate Justice Elena Kagan. La quale aveva aggiunto, con estrema lungimiranza: “*wherever you can get them*”³⁷.

A fronte di questa necessaria predisposizione, la riflessione sulla prospettiva comparata adottata dalla Corte va contestualizzata anche con riferimento ad un secondo presupposto, proprio per evitare valutazioni aprioristiche. Ciò, in specie considerando le inedite circostanze che collocano storicamente le decisioni oggetto di analisi all'esito di una pandemia mondiale. Diviene infatti imprescindibile tener conto di una molteplicità di prospettive. Tutte, si badi bene, parimenti degne di profonda considerazione, e tutte di estrema importanza per le implicazioni sul piano costituzionale.

Alcuni hanno utilizzato l'espressione “*interdisciplinary turn*”³⁸ proprio per segnalare la necessità, negli studi – ma anche nelle prassi – di diritto comparato, di una svolta in termini di compenetrazione interdisciplinare. Come si è visto proprio nel caso di questioni che chiamano in gioco scienza e diritto, il sindacato delle stesse potrebbe usufruire proprio della prospettiva comparata per “*esplorare inedite frontiere, ma altresì*” – come autorevolmente caldeggiato – per “*seguire metodi funzionali alla soluzione di domande di ricerca*

³⁵ Il rinvio è all'espressione “*Decent Respect to the Opinion of Mankind*”, ripresa dalla Dichiarazione di Indipendenza americana nella famosa *Lecture* tenuta presso la Tulane University Law School Summer Program a Parigi, nel luglio 2013, dall'allora Associate Justice R.B. Ginsburg, per spiegare l'importanza della prospettiva comparata: “*(...) I come to see our way of doing things in comparative perspective, to understand that what was right for us was not necessarily right for others, but also to appreciate that we had something to learn from foreign systems in endeavors to reform our own modes of procedure*”, in R.B. GINSBURG, *My Own Words*, New York, 2016, da p. 250.

³⁶ R.B. GINSBURG, *My Own Words*, cit., p. 250.

³⁷ R.B. GINSBURG, *My Own Words*, cit., p. 252.

³⁸ R. HIRSCHL, *Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence and Methodological Challenges*, cit., p. 419.

integrate, cioè sintonizzate su composite ‘frequenze’ pluridisciplinari, imposte da una visione globale”³⁹.

Il dato è confermato dalla necessità di comprendere quale spazio effettivo di manovra abbiano le Corti per uno scrutinio che deve necessariamente tener conto di valutazioni scientifiche e che, non ultimo, va equilibrato anche rispetto alla crisi delle democrazie contemporanee. È lo stesso delicato rapporto tra legislatore e giudici ad essere messo a dura prova, proprio con riferimento alle misure di emergenza, in specie in ambito sanitario⁴⁰. Recenti studi hanno segnalato un processo di spostamento verso un’attività decisionale che non può più limitarsi a monitorare l’operato degli altri organi istituzionali. È richiesta – e ciò è già in uso in molti ordinamenti –, una prassi decisionale in cui le informazioni scientifiche non solo siano recepite nel senso di essere poste alla base del *legal reasoning*, ma anche utilizzate dalla Corte, nella motivazione, con una modalità c.d. ‘*expert-informed*’, e non più solamente ‘*expert-based*’. In questo modo si giustificherebbe, in definitiva, anche un cambiamento del ruolo stesso delle Corti. Quello che implica che “*expert-informed decision making is not simply a device for effective crisis management but a legal duty*”⁴¹. Non uno strumento, ma un dovere, in definitiva, in capo alle Corti, di decidere sulla base di informazioni tecniche. Dovere che si colloca perfettamente quale antidoto alla crisi del costituzionalismo ed è finalizzato alla rivitalizzazione di una visione più ampia di Giustizia. Di una Giustizia in cui le Corti assumano un ruolo di primo piano; di un’autentica giustizia sostanziale dell’uguaglianza nelle emergenze sanitarie; di metodi chiari e trasparenti di *legal reasoning* che trascendano il formalismo e il positivismo e, in definitiva, di una nuova cultura giuridica basata sui valori. Un processo di trasformazione che sposti il fulcro dalla c.d. cultura *dell’autorità* a quella della *giustificazione*⁴², attraverso il recupero di una nuova “*judicial consciousness*”⁴³.

È in questo contesto che vanno collocate le decisioni più recenti e, per ciò che qui interessa, l’esplicita apertura alla comparazione da parte della Corte italiana. L’inquadramento suesposto fa propendere, infatti, per una ridefinizione dei criteri di analisi delle decisioni

³⁹ A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, in *DPCE*, n.2/2021, p. 305.

⁴⁰ T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *Binding the Unbound Executive: checks and Balances in Times of Pandemic*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021; SPADARO, J. PETROV, *The COVID-19 Emergency in the Age of Executive Aggrandizement: What Role for Legislative and Judicial Checks?*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2020.

⁴¹ P. POPELIER, B. KLEIZEN, C. DE CLERK, M. GLAVINA, W. VAN DOOREN, *The Role of Courts in Times of Crisis: A Matter of Trust, Legitimacy and Expertise*, in https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Intervention_20210415_Popelier_Rule_of_Law_ENG, p. 6.

⁴² Con ciò dimostrando che è la stessa transizione in atto che richiede “*the changing of legal culture from a culture of authority to a culture of justification*”: E. MUREINIK, *A Bridge to Where - Introducing the Interim Bill of Rights*, in *South African Journal on Human Rights*, n. 10/1994, p. 33.

⁴³ D.F. COHEN, *A Constitution at a Crossroads: A Conversation with the Chief Justice of the Constitutional Court of South Africa*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 12, Issue 2, 2014, p. 146.

costituzionali da fondarsi sull'adesione al *Judicial Cosmopolitanism*⁴⁴, sulla revisione del *Legal Reasoning Approach* in termini di *Constitutionalism of Reasoning*⁴⁵, sulla valorizzazione delle c.d. *new constitutional demands*. Come bene emerge dalla sentenza n. 15, tali sfide richiamano la Corte alla coerenza “rispetto alle conoscenze medico-scientifiche” non in assoluto, ma “del momento” (par. 10.3.4 del *Considerato in diritto*). Queste ultime, di fatto, rientrano nella motivazione della Corte poiché correlate all’“evoluzione della ricerca scientifica e le determinazioni assunte dalle autorità, sovranazionali e nazionali preposte alla tutela della salute”. La Corte, infatti, afferma che “assumono un rilievo assai significativo” proprio in un’ottica di dialogo sul piano globale (par. 10.3.2 del *Considerato in diritto*).

3. Come decidere le questioni ‘tecniche’ in tempi di *Constitutional Transformations*: verso un *legal reasoning* dialogico?

Quando si è parlato della “solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche” sostenendo che “la comprensione del fatto (...) è divenuta elemento imprescindibile per una corretta delimitazione del *thema decidendum* e per la determinazione della conseguente decisione costituzionale”⁴⁶ ci si è riferiti, precipuamente, all’importanza del momento istruttorio quale supporto al giudice per poter operare le proprie scelte in vista della decisione finale⁴⁷. In specie, quando devono essere affrontate le questioni c.d. tecniche. Questo è il caso delle questioni che si è trovata ad affrontare la Corte sull’obbligatorietà vaccinale per il contenimento dell’epidemia COVID-19.

Solitudine. È nel medesimo stato d’animo che si inserisce anche la comparazione, quale ulteriore strumento – o, come le chiamava Paolo Grossi – “freccia” che il giudice deve avere

⁴⁴ G.F. FERRARI (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, cit.

⁴⁵ V. BLASI, *The Role of Strategic Reasoning in Constitutional Interpretation: In Defence of the Pathological Perspective*, in *Duke Law Journal*, 1986. Sul tema “*Transitioning Democracies Through or Beyond Law? The Legal Reasoning Process as a Transformative Constitutional Turning Point*” si è incentrata la relazione della sottoscritta in occasione del *World Congress of Constitutional Law* sul tema *Constitutional Transformations*, all’interno del Panel no. 18, intitolato (*Pseudo*) *constitutionalism in illiberal democracy*), svoltosi lo scorso 5-9 Dec. 2022, presso l’Università di Johannesburg, Sudafrica.

⁴⁶ V. MARCENO’, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, p. 393.

⁴⁷ Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l’accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit.

nel ‘suo arco’⁴⁸ per poter scegliere. Nel merito, per poter meglio argomentare. In definitiva, per non essere solo, ed essere in grado di “prendere una buona decisione”⁴⁹.

Nello stesso modo in cui “il fatto illumina la disposizione” e arricchisce la motivazione in qualità e trasparenza, la comparazione può contribuire almeno ad indicare la strada in una prospettiva ontologicamente dialogica⁵⁰. Non solo. Sulla base dell’esperienza pregressa⁵¹ potrebbe anche arrivare a suggerire la “*keystone for overcoming the contradictions and vicious circle engendered by state constitutional systems without imposing uniform globalized visions*”. Ma anche l’“*interpretative instrument that is consubstantial with the discursive method*” e, non ultima, la “*dimension that reaches well beyond state borders and is capable of creating interrelations among different constitutional heritages*”⁵².

È proprio in questa prospettiva che la Corte italiana pare aver colto l’occasione sulla sindacabilità della legittimità dell’obbligo vaccinale quale necessità, anzi, quasi quale ‘dovere’ di apertura alla comparazione. Quello stesso dovere, necessitato da eventi legati ad un mondo oggettivamente interconnesso che, nelle parole dell’allora Associate Justice Breyer della Corte Suprema statunitense impone ai “*judges to address the kinds of problem we need (...) to solve in the ever smaller world of the 21st century*”⁵³ –. È in questa medesima logica che la Corte italiana dimostra di aver scelto: ossia, inserendo un indice di *constitutional quality*⁵⁴ nella motivazione⁵⁵. Argomentando il *decisum* attraverso il rinvio alle scelte – legislative e giurisprudenziali – di altri ordinamenti ha introdotto, di fatto, quello ‘stato d’animo’ di apertura alle ‘idee’ di cui si è più sopra accennato.

⁴⁸ “Occorre, infatti, () un bagaglio più complesso, e si impone per lui” – i.e. per il giudice – “il possesso di una cultura indubbiamente complessa e diversificata, tale da irrobustire la sua consapevolezza. Egli è, infatti chiamato, si è precisato ulteriormente, “ad aprire finestre del proprio laboratorio tecnico e ad osservare il magma socio-economico. Occorrono,” in definitiva, “molte frecce al suo arco”: P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, p. 91. Sul tema, con riferimento alle questioni nell’ambito fiscale-costituzionale, si rinvia a G. TIEGHI, *Giustizia fiscale e “new global judicial attitude”: verso un comparative transformative constitutionalism?*, in M. BERTOLISSI, C. PAGLIARIN (a cura di), *Il destino delle risorse pubbliche. Reperimento gestione giurisdizione*, con prefazione di M. Lamandini, Napoli, 2023, p. 89.

⁴⁹ V. MARCENO, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, cit., p. 406.

⁵⁰ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford, 1989; A. DIMIŠKOVSKA TRAJANOSKA, *The Logical Structure of Legal Justification: Dialogue or ‘Trialogue’?*, in DOV M. GABBAY et al., (eds.), *Approaches to Legal Rationality*, NY, Springer, 2010, pp. 265-280; A. DIMIŠKOVSKA, *(Dia)logical Reconstruction of Legal Justification*, in *Revus*, n. 19/2013, pp. 155-178.

⁵¹ Il caso *Jacobson v. Massachusetts* 197 U.S. 11, 1905 è esemplificativo sul piano della non assolutezza nemmeno delle libertà individuali: S. ROSSI, *Lezioni americane. Il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, n. II/2018, p. 749 e ss.

⁵² G.F. FERRARI, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties*, cit., p. 5.

⁵³ È la prospettiva suggerita in S. BREYER, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, New York, 2015.

⁵⁴ G. TIEGHI, *Uguaglianza e Global Constitutionalism. Nuove sfide di intersezionalità tra legal reasoning e “constitutional quality”*, in *DPCE*, n. 4/2022, sez. monografica *Oltre il costituzionalismo*.

⁵⁵ T. GROPPI, I. SPIGNO, *Constitutional Reasoning in the Italian Constitution*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

In ogni caso, se si intendesse tale affermazione come un giudizio di merito (ossia considerando solo le ‘buone’ idee), ne risulterebbe un’analisi per lo meno fuorviante. È doveroso precisare, invece, che non è, e non può essere nel modo più assoluto, un giudizio di merito, proprio per quelle preliminari premesse che impongono un giudizio non a-contestualizzato e non aprioristico. Al punto che la valutazione positiva circa l’apertura della Corte andrebbe comunque fondata sui medesimi criteri anche indipendentemente dall’esito cui la Corte fosse pervenuta: ciò che rileva sul piano delle implicazioni costituzionali, è che l’esito sia il portato di quanto emerso dal rigoroso confronto con altri Paesi. E ciò è dimostrato dagli estratti della decisione, di seguito riprodotti e analizzati analiticamente.

Nello specifico, al di là di ciò che la Corte ha espressamente affermato nella recente sentenza, risulta innanzitutto evidente il rinvio a quel preliminare quadro d’insieme sulla varietà di approcci sul piano comparatistico, che già nel 2018 aveva legittimato il rigetto dell’incostituzionalità della normativa sull’obbligo di vaccinazione di allora. E ciò, proprio a fronte di considerazioni correlate al confronto sul piano comparato. Contesto che la stessa Corte aveva dimostrato di tenere in considerazione già nella sentenza n. 5 del 2018, ove aveva sintetizzato i diversi approcci di diritto comparato esistenti. Proprio per rendere trasparente la motivazione e il contesto in cui si inseriva. Non ultimo, per operare, pubblicamente e consapevolmente, una vera e propria scelta ‘di campo’. In quell’occasione, infatti, così aveva precisato:

“8.2.2. – Anche nel diritto comparato si riscontra una varietà di approcci. Posto un generale favor giuridico per le politiche di diffusione delle pratiche vaccinali – basate sulle evidenze statistiche e sperimentali delle autorità competenti e specialmente dell’OMS, che considerano la vaccinazione una misura indispensabile per garantire la salute individuale e pubblica – diversi sono gli strumenti prescelti dai vari ordinamenti per conseguire gli obiettivi comuni. A un estremo, si trovano esperienze che ancora di recente hanno conosciuto obblighi vaccinali muniti di sanzione penale (Francia); all’estremo opposto si trovano programmi promozionali massimamente rispettosi dell’autonomia individuale (come nel Regno Unito); nel mezzo, si ravvisa una varietà di scelte diversamente modulate, che comprendono ipotesi in cui la vaccinazione è considerata requisito di accesso alle scuole (come avviene negli Stati Uniti, in alcune Comunità autonome in Spagna e tuttora anche in Francia) ovvero casi in cui la legge richiede ai genitori (o a chi esercita la responsabilità genitoriale) di consultare obbligatoriamente un medico prima di operare la propria scelta, a pena di sanzioni pecuniarie (Germania). Peraltro, questa diversa intensità di vincoli si accompagna a una altrettanto varia individuazione del numero dei vaccini proposti o richiesti. In molti paesi, peraltro, è in corso un dibattito sulle politiche vaccinali, teso alla ricerca degli strumenti giuridicamente più efficaci in vista del condiviso obiettivo di proteggere

la salute dalle malattie infettive e da quelle che possono comportare gravi complicanze, contenibili attraverso la vaccinazione preventiva”⁵⁶.

Ma è con la recente sentenza n. 14 che la Corte ha proceduto diversamente rispetto alla sentenza n. 15. In quest’ultima si è focalizzata sulla valutazione dei tratti “del tutto peculiari” dell’emergenza sanitaria e sull’“importanza attribuita alla ricerca scientifica”, rinviando all’operato di istituzioni internazionali, europee e interne (par. 10.3.1. del *Considerato in Diritto*)⁵⁷. Con la sentenza n. 14 la Corte incide profondamente sia sulla valutazione di non irragionevolezza e idoneità allo scopo, sia sulle considerazioni circa il principio di proporzionalità. Tale sindacato si realizza attraverso due precisi inserimenti dell’argomento com-

⁵⁶ Sentenza n. 5 del 2018, paragrafo 8.2.2. del *Considerato in diritto*, in https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2018:5.

⁵⁷ “ 10.3.1. - Le misure approntate dal legislatore non possono, nel caso di specie, non essere valutate tenendo conto della situazione determinata da «un’emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari» (sentenza n. 37 del 2021). Peculiarità, si deve sottolineare, risultante anche e soprattutto dalle indicazioni formulate dai competenti organismi internazionali. Invero, l’OMS, con la dichiarazione del 30 gennaio 2020, ha valutato l’epidemia da COVID-19 come un’emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale.

Successivamente, in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale, con la dichiarazione dell’11 marzo 2020, l’OMS ha valutato la situazione sanitaria come «pandemia». L’OMS, la Commissione europea ed altri organismi internazionali si sono impegnati da subito per il coordinamento della ricerca scientifica e la successiva somministrazione del vaccino.

Già il 20 aprile 2020 l’Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato una risoluzione volta a consentire che gli Stati agissero in modo unito e coordinato contro la pandemia, auspicando un rafforzamento della cooperazione internazionale finalizzata in particolare alla ricerca di trattamenti farmacologici specifici. Il 19 maggio 2020 l’Assemblea dell’OMS ha invitato gli Stati membri a promuovere attività di ricerca volte alla scoperta di un vaccino da rendere disponibile alle popolazioni di tutti gli Stati.

La Commissione europea, quindi, ha elaborato una strategia comune per l’impiego dei vaccini attraverso le Comunicazioni del 17 giugno 2020 (Strategia dell’Unione europea per i vaccini contro la Covid-19) e del 15 ottobre 2020 (Preparazione per le strategie di vaccinazione e la diffusione di vaccini contro la COVID-19).

Il Consiglio d’Europa ha poi approvato la risoluzione n. 2361/2021 del 27 gennaio 2021, relativa alla distribuzione e alla somministrazione dei vaccini, sottolineando la necessità della massima collaborazione fra gli Stati per assicurare una campagna vaccinale efficiente.

In Italia, il Consiglio dei ministri, con deliberazione del 31 gennaio 2020, ha dichiarato, unicamente ai sensi e per gli effetti dell’art. 7, comma 1, lettera c), e dell’art. 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile), lo stato di emergenza sanitaria sul territorio nazionale per sei mesi, proprio in relazione al rischio connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

Lo stato di emergenza è stato poi prorogato con diversi provvedimenti fino al 31 marzo 2022, e solo con il d.l. n. 24 del 2022, come convertito, ne è stata disposta la cessazione.

Proprio per effetto dell’intervento pubblico e del sostegno dato alla ricerca scientifica, sono stati approntati – in tempi particolarmente rapidi – vari vaccini finalizzati a contrastare la diffusione del virus. Una volta che questi sono divenuti disponibili, si è quindi proceduto alla predisposizione di uno specifico piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 (decreti del Ministro della salute 2 gennaio e 12 marzo 2021, adottati ai sensi dell’art. 1, comma 457, della legge n. 178 del 2020) e, solo nell’aprile del 2021, è stato introdotto l’obbligo vaccinale qui in discussione.

È importante sottolineare sin d’ora che l’obbligo di vaccinazione è stato gradualmente introdotto dal legislatore solo dopo alcuni mesi dall’avvio della campagna vaccinale di cui al citato piano, tenendo conto, evidentemente, della non completa adesione allo stesso nell’ambito delle categorie interessate. Il legislatore ha quindi reputato necessaria l’imposizione dell’obbligo «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza» (art. 4, comma 1, del d.l. n. 44 del 2021, come convertito).

Alla luce di tale premessa, questa Corte è chiamata a valutare se l’imposizione dell’obbligo vaccinale fosse compatibile con i principi costituzionali”: decisione n. 15/2023, cit.

paratistico, che paiono rivelare diversi indici, atti a suggellare un esplicito orientamento di tipo apertamente dialogico:

“12.4.– Fortemente significativa è, infine, sotto il profilo di diritto comparato, la tendenziale omogeneità della soluzione, adottata in altri Paesi, nel senso della obbligatorietà della vaccinazione legata a certe professioni, tra le quali spiccano, per tutte – pur nell’ambito di una certa variabilità delle altre categorie soggettive coinvolte e pur nella diversità degli approcci che emerge dal confronto tra i vari ordinamenti –, quelle sanitarie. In particolare, va segnalato che l’obbligo vaccinale per gli esercenti attività in ambito sanitario è stato introdotto, tra l’altro, in Francia e in Germania, nonché nel Regno Unito e negli Stati Uniti d’America. E, come meglio esposto in seguito, le Corti, anche costituzionali, di alcuni Paesi hanno ritenuto la legittimità dell’obbligo, facendo ricorso ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità, utilizzati in modo non dissimile da come sviluppati nel nostro ordinamento”;

“13.3.– È interessante notare come in altri ordinamenti, e segnatamente in quello francese, la giurisprudenza, rigettando un’istanza che mirava alla presentazione di una *question prioritaire de constitutionnalité* degli artt. 12 e 14 della legge 5 agosto 2021, n. 1040, abbia sostenuto che il fatto che l’art. 14 – concernente le conseguenze dell’inadempimento degli obblighi vaccinali – non preveda la risoluzione del contratto di lavoro o la cessazione dalle funzioni delle persone interessate, bensì la sospensione del rapporto, fa propendere per «una conciliazione non manifestamente squilibrata fra le esigenze costituzionali discendenti dal diritto al lavoro e al diritto alla tutela della salute» (*Conseil d’État*, sezioni V e VI riunite, 28 gennaio 2022, n. 457879, paragrafo 12). Diversamente, in altri ordinamenti, quali la Germania, il Regno Unito e gli Stati Uniti d’America, è stata introdotta la possibilità di ricorrere al licenziamento (indipendentemente dalla frequenza con cui, nella prassi, vi si sia fatto ricorso). In particolare, in Germania, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che, sebbene la libertà di esercitare una professione tuteli anche la volontà del singolo di mantenere il posto di lavoro sì da non ammettere tutte quelle misure che sortiscono l’effetto di obbligare il singolo a rinunciare a un determinato posto di lavoro (Rn. 246), la previsione dell’obbligo vaccinale è tuttavia giustificata in quanto posta a tutela delle persone più vulnerabili (Rn. 254). In particolare, risulta: a) legittimo lo scopo perseguito (Rn. 256); b) adeguata la misura prescelta per il suo raggiungimento, non ravvisandosi misure alternative che comportino un minore sacrificio (Rn. 257, ma anche 189 e seguenti); c) adeguato il bilanciamento operato tra lo scopo perseguito e la gravità del sacrificio comportato (Rn. 258-266) (Tribunale costituzionale federale, ordinanza 27 aprile 2022, 1 BvR 2649/21)”.

Ne emerge un quadro di sicura valenza costituzionale comparata, frutto di una precisa “arte di giudicare”⁵⁸ che viene enfatizzata proprio alla luce del quadro motivazionale, e del carattere tendenzialmente dialogico di quello. ‘Arte’ che, per essere opportunamente investigata ai fini di una successiva rigorosa valutazione, necessita che vengano utilizzati i criteri elaborati scientificamente – e condivisi – dalla dottrina comparatistica⁵⁹ italiana e straniera. Inoltre, nello specifico, che si abbia bene a mente il quadro metodologico utilizzato per valutare, almeno a livello indicativo⁶⁰, l’utilizzo della comparazione negli ultimi vent’anni di giurisprudenza della Corte costituzionale italiana⁶¹.

3.1. L’*“Art of Judging”* sugli obblighi di vaccinazione tra scienza, diritto e opinione pubblica: strumenti metodologici e legittima aspettativa di *“standards of fair decision-making”*

Preme innanzitutto evidenziare che la scelta di operare con un *iter* argomentativo espressamente inclusivo dell’argomento comparatistico non è necessariamente l’unico elemento indicativo dell’utilizzo dello stesso. È indiscutibile”, si è fatto notare, “che la Corte costituzionale utilizzi il diritto comparato *più* di quanto risulti dalle sue decisioni (*rectius*, dalla parte *in diritto* delle stesse)”⁶². Se anche così fosse, il dato dell’esplicitazione dei rinvii nei termini di cui si dirà a breve, è, in ogni caso, almeno nel nostro sistema, un elemento da non sottovalutare⁶³ per i fini dialogici di cui suesposti.

L’arte di giudicare, d’altronde, è anche questo: la ricerca e la scelta delle parole, ma anche dei silenzi, in una continua sfida di bilanciamento tra contrastanti esigenze⁶⁴; in un in-

⁵⁸ “Il giudice è l’interprete di un’arte che, operando sulla materia viva degli interessi sociali, delle libertà e dei valori dei cittadini, non può essere peraltro libera del tutto ma deve svolgersi entro canoni, limiti e garanzie”: G. ALPA, *L’arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, risolto di copertina.

⁵⁹ Per tutti, G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, X ed., Milano, pp. 62-85: “Giurisdizione e comparazione: dialogo e mera influenza”.

⁶⁰ Come sottolineato più volte dall’autore.

⁶¹ P. PASSAGLIA, *L’utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., pp. 215 – 233.

⁶² P. PASSAGLIA, *L’utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 233.

⁶³ “I riferimenti espliciti che le decisioni – *di tanto in tanto* – presentano”, si è precisato, “non sono (...) da leggersi come i momenti in cui alla comparazione ci si rivolge, ma piuttosto come quelli in cui il fiume carsico di un’attenzione che può forse ormai dirsi consolidata si esprime in forma più chiara”: P. PASSAGLIA, *L’utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 236.

⁶⁴ “Not infrequently the judge is confronted with a tension between competing values. There is the tension (...) between the force of precedent (with its virtues of certainty and predictability) and the natural desire of the judge to reach the correct or just result, whether it be based on principle, logic or public welfare, and there is the tension between the argument from philosophical concept and the argument based on history or custom”: sono le parole dell’emerito Chief Justice della High Court of Australia, ora in SIR A. MASON, *The Art of Judging*, in *Southern Cross University Law Review*, n. 12/2008, p. 36. Con specifico riferimento al tema “Le scelte dei giudici costituzionali nel processo decisionale: l’ascolto, il dialogo, il silenzio”: G. TIEGHI, *Per una “Costituzione continuamente attualizzata”: Corte costituzionale e overruling*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Atti della Giornata di studi in ricordo di Livio Paladin, Riforme. Opinione a confronto*, Napoli, 2015, da p. 161.

treccio continuo tra opzioni sugli *strumenti metodologici* da utilizzare e la considerazione della *legittima aspettativa*⁶⁵ di “*standards of fair decision-making*”⁶⁶.

Ove, come in questo caso, gli obblighi di vaccinazione intercettano diversi livelli e ambiti disciplinari, risulta ancora più evidente la necessità che il giudice operi rigorosamente sui due specifici livelli, rispettivamente nel seguente ordine: *in primis* sul piano metodologico, ove la comparazione può servire come strumento di valorizzazione dell'*iter* argomentativo; in secondo luogo, nel merito, ossia per comprendere come la comparazione può contribuire ad uno scrutinio razionalmente fondato, in specie in tempo di crisi.

Quanto al primo, nello specifico, la Corte:

- a) ha inserito le citazioni relative agli altri ordinamenti nella parte del *Considerato in diritto*, con ciò operando secondo una logica precisa: scegliendo di inquadrarli nella parte in cui trasfonde la propria *doctrine*, si è assicurata la titolarità di quei rinvii, a differenza di come sarebbe potuto avvenire se fossero stati riportati nella parte *Ritenuto in fatto*⁶⁷;
- b) ha fatto uso di entrambi i *formanti*, legislativo e giurisprudenziale, con richiami analitici – e non generici –, così dando prova di voler rafforzare il più possibile la trasparenza – e, con essa, la persuasività – dell'*iter* argomentativo;
- c) in merito alla *selezione* degli ordinamenti richiamati, ha reso palese una propensione in linea con un tradizionale e preferenziale eurocentrismo⁶⁸ (Francia, Germania, Regno Unito), pur non evitando gli Stati Uniti (tradizionalmente, statisticamente trascurati⁶⁹), sia sul piano legislativo che giurisprudenziale. A ciò si accompagna una scelta ben precisa sul mancato approfondimento giurisprudenziale con riferimento ad entrambi gli ordinamenti di diversa tradizione (UK e USA), rispetto a quanto dettagliatamente precisato per Francia e Germania;

⁶⁵ L'opinione pubblica, si rileva, “risulta la grande assente rispetto al contesto relazionale (...). Se nella fase fondativa (e fino agli anni '90 del secolo scorso) questa assenza si può forse imputare alla quasi perfetta coincidenza tra sistema dei partiti e società civile, ciò non vale negli anni più recenti” ove l'autrice segnala “una 'chiusura' della Corte al dialogo con tutti i soggetti 'non istituzionali'”, con le conseguenti “significative lacune, tanto a livello di processo costituzionale che di motivazione delle decisioni”: T. GROPPI, *Giustizia costituzionale “Italian style”? Sì, grazie (ma con qualche correttivo)*, cit., p. 390.

⁶⁶ “(...) *in times of crisis, expertise plays a prominent role as a standard for fair decision-making and (...) trust in crisis governance relied on the perception that decision were based on expert advice*”: P. POPELIER, B. KLEIZEN, C. DE CLERK, M. GLAVINA, W. VAN DOOREN, *The Role of Courts in Times of Crisis: A Matter of Trust, Legitimacy and Expertise*, cit., p. 4.

⁶⁷ Sul tema, P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 198.

⁶⁸ In linea con la giurisprudenza dell'ultimo ventennio, che si giustificerebbe anche con il dato – oltre che della “importanza nel panorama comparatistico” dei cinque ordinamenti (tedesco, francese, britannico, spagnolo e statunitense, citati nell'ordine del numero di rinvii, dal maggiore al minore), anche “dalla presenza pressoché costante, in seno all'Area di diritto comparato del Servizio Studi della Corte, di ricercatori provenienti proprio da questi ordinamenti”: P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 205.

⁶⁹ “(...) Il fatto che gli Stati Uniti siano considerevolmente trascurati nella ricerca comparatistica della Corte potrebbe dipendere”, si è rilevato, “dalla circostanza che i riferimenti al diritto straniero si inseriscono in ambiti nei quali si pongono questioni (anche) di rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento/i sovranazionali/i”: P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 206.

d) ha redatto un percorso logico-argomentativo in cui non si dà conto di una “evocazione c.d. neutra” della comparazione⁷⁰ ma, piuttosto, in cui si rende esplicito un impiego dell’argomento comparatistico, se non proprio ‘strumentale’ allo *ius dicere*, comunque orientato al supporto della normativa oggetto di giudizio. Non pare di potersi escludere nemmeno, sotto questo profilo (considerando che il medesimo approccio aveva fondato l’argomento comparatistico in occasione della sentenza n. 5/2018), anche un carattere potenzialmente funzionale alla strutturazione di un precedente (orizzontale) con valore persuasivo.

Quanto al profilo del merito, va considerato che – non solo in Italia – le decisioni emergenziali sono state prese dagli esecutivi in due precise fasi: nella prima, l’aspettativa pubblica era rivolta ai governi, affinché rispondessero efficacemente e tempestivamente alla crisi, così da lasciare uno spazio praticamente nullo allo scrutinio interpretativo delle Corti. In una seconda fase, quando la fiducia nei confronti dei governanti ha cominciato a scemare, l’aspettativa nei confronti di quelli si è spostata sulla richiesta, alle Corti, di operare bilanciamenti tra i diversi diritti fondamentali in gioco, fino al punto che l’impatto (senza precedenti) delle misure sanitarie sui diritti fondamentali ha progressivamente obbligato le Corti stesse a delineare nuovi orientamenti giurisprudenziali atti a rispondere efficacemente alle domande di giustizia⁷¹, anche per supplire al malfunzionamento degli altri organi istituzionali. Dapprima, per un intervento di c.d. *judicial monitoring*; a seguire, per un più incisivo “*procedural rationality review*” che, secondo studi recenti, ha implicato per le Corti l’imprescindibilità di uno scrutinio più rigoroso finalizzato “*to test whether the government lives up to the public’s expectations*”.

L’adozione del *procedural rationality approach*⁷² ha fatto la differenza: si è rivelato il metodo che, in termini giuridici, ha permesso di verificare se il processo decisionale delle Corti finalizzato al sindacato sulla misura emergenziale avesse – o meno – incorporato un bilanciamento informato tra le esigenze di salute pubblica e le libertà individuale, che tenesse anche tenendo conto delle implicazioni economico-sociali. Se ne deduce, per le Corti, un complesso lavoro nel *decision-making process* che contemplasse la combinazione e la valutazione di diverse variabili, anche extra-processuali. Tra queste ultime, anche il grado di effettività percepita delle misure o il grado di fiducia nelle istituzioni⁷³. Fattori che sono emersi come decisivi tanto da aver richiesto, nella prassi giurisprudenziale emersa sul

⁷⁰ Si tratta di quei casi in cui “le citazioni di diritto straniero si caratterizza(no) per avere una incidenza globalmente assai modesta sull’*iter* argomentativo della Corte”: P. PASSAGLIA, *L’utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 210.

⁷¹ Tema ampiamente indagato in E.A. POSNER, A. VERMULE, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, Oxford, 2007.

⁷² P. POPELIER, B. KLEIZEN, C. DE CLERK, M. GLAVINA, W. VAN DOOREN, *The Role of Courts in Times of Crisis: A Matter of Trust, Legitimacy and Expertise*, cit., p. 7.

⁷³ Il che ha a che fare con quella “*growing inclination by (...) the courts to frame constitutional law within moral and social theories*”: G.F. FERRARI, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties*, cit., p. 7.

piano della comparazione “a *more intense procedural rationality review*”⁷⁴. Metodologia che opera – esattamente come avviene per il supporto istruttorio – anche con riferimento a quanto si può acquisire, soprattutto in termini di conoscenze, dall’utilizzo del metodo comparato.

4. La sentenza n. 14 del 2023: una scelta precisa e ‘selettiva’ verso l’esterno. Per finalità domestiche?

Risulta evidente, alla luce di quanto finora esposto, che la scelta operata dalla Corte merita una particolare attenzione nella prospettiva di analisi comparata qui proposta, se non fosse altro per come la stessa, nel ben delineato contesto comparatistico, ha optato per un suo specifico posizionamento.

A fronte del rilevamento preliminare – considerato esplicitamente dalla stessa come “fortemente significativo (...) sotto il profilo di diritto comparato” – circa una “tendenziale omogeneità della soluzione adottata negli altri Paesi, nel senso dell’obbligatorietà della vaccinazione legata a certe professioni”, tra le quali “spiccano (...) quelle sanitarie” (par. 12.4), la Corte opera come segue: dapprima segnala la situazione esistente con riferimento al *formante legislativo* (confermando l’introduzione dell’obbligo nei quattro Paesi citati (Francia, Germania, Regno Unito e Stati Uniti); subito dopo anticipa il *quadro giurisprudenziale* di quei Paesi che hanno ritenuto la legittimità dell’obbligo, precisando immediatamente le scelte dagli stessi operate, a fondamento della propria motivazione. Ossia, sottolineando che la declaratoria di legittimità è lì avvenuta “facendo ricorso ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità”. Inoltre – ed è ciò che più importa ai fini del *decisum* italiano –, che quei canoni sono stati da quelle Corti “utilizzati in modo non dissimile da come sviluppati nel nostro ordinamento” (par. 12.4).

Le valutazioni di ‘*non irragionevolezza*’ e di ‘*idoneità allo scopo*’ dell’obbligo prodotte dalla Corte nella parte antecedente (ma sempre nel *Considerato in diritto* (parr. 7-12.3)) ai paragrafi (12.4 e 13.3) in cui inserisce l’argomento comparatistico, dunque, pare evidente che abbiano predisposto tutti gli elementi utili per collegare la statuizione sull’inquadramento comparatistico appena descritto (di cui al par. 12.4) con la successiva analisi – sul piano più strettamente giurisprudenziale (ove si rinvia alle decisioni francese e tedesca) – del *principio di proporzionalità* nel quadro comparatistico prescelto (par. 13.3). Ed è

⁷⁴ “(...) *procedural rationality review* leads to court to investigate whether procedural safeguards were in place to make an informed and balanced decision, taking into account more than virological considerations alone. Implications are that the government is expected to assess the impact of its measures and identify the groups that are affected. To this end, the government cannot simply refer to medical and virologist expert advice but will have to seek additional information through consultations or mixed panels, including social and human science experts and representatives of affected sectors”: P. POPELIER, B. KLEIZEN, C. DE CLERK, M. GLAVINA, W. VAN DOOREN, *The Role of Courts in Times of Crisis: A Matter of Trust, Legitimacy and Expertise*, cit., p. 6.

quest'ultimo passaggio, alla fine, che diviene il vero anello di congiunzione tra l'ordinamento italiano e la prospettiva comparata.

Procediamo con ordine.

Nei paragrafi precedenti all'apertura ad altri ordinamenti la Corte ben sottolinea la ricostruzione dei criteri (elencati nella sentenza n. 258 del 1994) alla luce dei quali essa stessa ha valutato la compatibilità con l'art. 32 di una legge impositiva di un trattamento sanitario (par. 5), ricordando di aver già affermato “con chiarezza che l'art. 32 postula il *necessario contemperamento* del diritto alla salute del singolo (...) con il coesistente diritto degli altri e quindi con l'interesse della collettività (sentenze n. 5 del 2018, n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)”. Ma è poi nella scelta delle “due direttrici principali”⁷⁵ del suo sindacato – in linea con il *procedural rationality review* – che costruisce la sua valutazione di non irragionevolezza e idoneità allo scopo (parr. 7-12.3), fondata sulla necessità di “perseguire, la tutela della salute di una delle categorie più esposte al contagio, ‘il duplice scopo di proteggere quanti entrano con loro in contatto e di evitare l'interruzione di servizi essenziali per la collettività’” (par.12).

Ed è in quest'ultimo contesto che si inseriscono gli specifici riferimenti al formante giurisprudenziale di cui al paragrafo 13.3, che servono alla Corte per supportare il punto di equilibrio nel bilanciamento tra la libertà di autodeterminazione del singolo e le esigenze di interesse pubblico. Il quale *in primis*, viene rinvenuto, nell'esigenza di proteggere chi quelle cure deve ricevere e, soprattutto, deve poterle ricevere in condizioni di massima sicurezza e di minor rischio di contagio; *in secundis*, viene utilizzato per il vaglio sulle conseguenze dell'inadempimento degli obblighi vaccinali da parte delle categorie sanitarie. Con un dettagliato rinvio, dapprima, alle parole espressamente utilizzate dal Consiglio di Stato francese nella decisione delle sezioni V e VI riunite, 28 gennaio 2022, n. 457879, paragrafo 12, e, a seguire, ai principi espressi nell'ordinanza del Tribunale costituzionale federale del 27 aprile 2022, 1 BvR 2649/21, la Corte italiana delinea una duplice direttiva. Da un lato, conferma la sintonia con l'ordinamento tedesco circa la giustificazione della “previsione dell'obbligo vaccinale (...) in quanto posta a tutela delle persone più vulnerabili” (par. Rn. 254 dell'ordinanza tedesca); dall'altro, salva la soluzione (anche francese) della misura meno afflittiva della *sospensione* del rapporto di lavoro (piuttosto che quella tedesca – ma anche inglese e americana – del *licenziamento*, nella formula della *risoluzione del contratto di lavoro* o della *cessazione delle funzioni delle persone interessate*). Ciò, per valorizzare – ed accomunarsi in termini di convergenza – ad «una conciliazione non manifestamente squilibrata fra le esigenze costituzionali discendenti dal diritto al lavoro e al diritto alla tutela della salute» (par. 12 della decisione francese).

In definitiva, dunque, la Corte

⁷⁵ “la valutazione della situazione di fatto, cioè nel caso in esame, della pandemia” (par. 7); “l'adeguata considerazione delle risultanze scientifiche disponibili in merito all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini” (parr. 8-11).

- a) utilizza il diritto comparato come elemento a sostegno della normativa oggetto di giudizio, in linea con quanto fatto nella precedente decisione n. 5 del 2018 ove, pur riproponendo i variegati approcci sul fronte comparato, aveva già segnalato “un generale *favor* giuridico per le politiche di diffusione delle pratiche vaccinali” (par. 8.2.2);
- b) seleziona gli ordinamenti da richiamare sia distinguendo tra i due formanti sia, quando si tratta di entrare nel merito di quello giurisprudenziale, tenendo distinti i Paesi di tradizione di *civil law* (Francia e Germania), da quelli di *common law* (Regno Unito e Stati Uniti) al fine di rinviare esplicitamente e analiticamente solo alle decisioni dei primi. Tale scelta che, ai più, potrebbe apparire meramente di comodo⁷⁶ – ma se così fosse ciò sposterebbe il dibattito su un fronte molto simile a quello dell'utilizzo dei precedenti contrari da parte dell'avvocato nei sistemi di *common* o di *civil law*⁷⁷ –, appare, invece, una scelta prudenzialmente oculata, anche se potenzialmente lacunosa. Da un lato, infatti, potrebbe giustificarsi sulla base della considerazione che nei due Paesi di tradizione giurisprudenziale – e, in specie, negli Stati Uniti – si sono succeduti orientamenti che possono apparire tra loro, in parte, contrastanti al punto da dover richiedere un approfondimento più analitico⁷⁸. Quelle divergenze, se non accuratamente spiegate anche alla luce delle diverse categorie di lavoratori prese in considerazione, avrebbero potuto generare confusione o equivoci, anziché contribuire al fine di una maggiore trasparenza nell'*iter* argomentativo. C'è da dire, d'altro canto, che se tale preoccupazione non ha comunque impedito alla Corte di richiamare entrambi gli ordinamenti di stampo proto-liberale, si sarebbe forse potuto cogliere l'occasione del necessario bilanciamento tra libertà individuali e possibilità di sopravvivenza dell'ordinamento stesso per meglio valorizzare quella storica linea interpretativa che, proprio nell'ordinamento

⁷⁶ Sull'uso c.d. selettivo della comparazione il dibattito è in corso. Varrebbe la pena considerare che questo potrebbe essere un terreno molto fecondo di dialogo anche tra i singoli giudici del collegio, ove tale dialogo sugli ordinamenti da 'chiamare in causa' fosse, però, sostanzialmente 'aperto': da intendersi, trasparente in udienza e poi ripreso nelle diverse opinioni dei singoli giudici. Sul tema delle opinioni dissenzienti, di recente, in particolare: N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The Dissenting Opinion. Selected Essays*, Milano, 2019.

⁷⁷ Sul tema, in particolare, A. PIN, *Stare decisis e argomentazione giuridica. La logica del common law e il diritto sovranazionale europeo*, in C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (eds.), *Ius Dicere in A Globalized World. A comparative Overview*, Studies in Law & Social Sciences, vol. 1, Roma, 2018, da p. 43.

⁷⁸ Si tratta delle decisioni *National Federation of Independent Business v. OSHA* (reperibile al link https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21a244_hgci.pdf) e *Biden v. Missouri* (https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21a240_d18e.pdf) con cui la Corte Suprema statunitense, nel gennaio 2013, si è pronunciata sull'obbligo vaccinale rivolto, rispettivamente, ai dipendenti delle grandi aziende (sospendendo l'efficacia) e ai sanitari (confermando l'obbligo). Va precisato, per meglio comprendere le peculiarità della situazione statunitense che, nelle due opinioni, la Corte non si è pronunciata sulla costituzionalità o meno dell'obbligo vaccinale quanto, invece, sull'individuazione del soggetto cui spetta imporre l'obbligo, con tutte le più complesse implicazioni che ne conseguono. Per ciò che qui interessa, con riferimento ai sanitari la Corte ha affermato che “*Ensuring that providers take steps to avoid transmitting a dangerous virus to their patients is consistent with the fundamental principle of the medical profession: first, do no harm (...)*”, p. 5. Sul tema, nell'immediatezza della notizia, v.: G. STOHR, *Biden Health-care Vaccine Survives Supreme Court Appeal*, in <https://news.bloomberglaw.com>, 2022.

americano, vede nella salute pubblica un “significato di precondizione al godimento della libertà”⁷⁹;

- c) dà atto di provare a proporsi in linea con gli orientamenti di tipo dialogico della dottrina contemporanea e, in particolare, per ciò che qui interessa, con il *Constitutional pluralism*, i cui primi promotori sono, non a caso, proprio le Corti costituzionali⁸⁰. E ciò, ai fini
- dell’inveramento di quel “*dialectical process*” che “*involves the whole society at a discursive level in a sort of collective effort*”⁸¹, soprattutto se si considera che “*the model of the decisions of the Italian Constitutional court is*” – ordinariamente – “*structured in such way that there appears to be no dialogue*” nemmeno “*with the parties in the case*”⁸²;
 - di favorire il c.d. “*dialectic of pluralism (of ideas and implementing formula)*”: ciò in contrapposizione con i limiti di quelle decisioni che risultano essere meri “*closed and abstract evaluative orders*”, i quali rimangono, per l’appunto, prigionieri (“*prisoners*” è l’espressione utilizzata!) “*of their own originalism or moral rigidity*” e, dunque, decontestualizzati (“*detached from the real world*”⁸³).

Ci si chiede: può tutto ciò bastare per vederne le implicazioni ‘di ritorno’ nella prospettiva domestica? Tale esplicita apertura è servita veramente a valorizzare il tono costituzionale della decisione e a sancire un’autentica ‘apertura’ alla società, così da rafforzare l’autorevolezza della pronuncia e suggellare il grado di rispondenza del nostro ordinamento agli *standards* sovranazionali al punto da dimostrare la ‘tenuta’ delle soluzioni interne alla luce di un più ampio contesto?

L’indice di misurazione dell’abilità della Corte nel senso auspicato dalla prospettiva comparata fa capo alla verifica empirica dell’inveramento della suddetta prospettiva dialogica. La scelta – attraverso l’apertura all’esterno – di un posizionamento preciso tra i vari approcci presenti nel quadro comparatistico e la specifica selezione, nel caso analizzato, degli ordinamenti esteri paiono essere fattori che depongono, inequivocabilmente, se non proprio per un autentico riflesso anche in termini di “*being looked-back at*”⁸⁴ – che confermerebbe l’avvenuto raggiungimento dello *status* di “*distinctive voice*” anche per la Corte italiana sul piano globale – sicuramente, almeno, per il compimento di un significativo

⁷⁹ L. BUSATTA, *Quando l’esperienza insegna: le decisioni pubbliche sulle politiche vaccinali in una prospettiva di diritto comparato*, in B. LIBERALI, L. DEL CORONA, *Diritto e valutazioni scientifiche*, cit., p. 437.

⁸⁰ S. SCIARRA, *Rule of Law and Mutual Trust: A Short Note on Constitutional Courts as “Institutions of Pluralism”*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Sciarrariga_finale.pdf.

⁸¹ G.F. FERRARI, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties*, cit., p. 4.

⁸² V. ZENO ZENCOVICH, *The Italian Constitutional Court*, cit., p. 456.

⁸³ G.F. FERRARI, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties*, cit., p. 4.

⁸⁴ “*First of all, a dialogue requires at least two speakers who interact reciprocally. There is no ‘dialogue’ if simply one court refers to foreign legislation or jurisprudence, without being looked back at*”: V. ZENO ZENCOVICH, *The Italian Constitutional Court*, cit., p. 458.

avanzamento. Da intendersi nella direzione di un uso (quantomeno) efficace, in termini di diritto costituzionale sostanziale, della comparazione⁸⁵.

Un uso che, in definitiva, proprio per i fondamentali diritti oggetto di sindacato da parte della Corte in epoca di globale transizione costituzionale⁸⁶, non può che generare implicazione in termini di ineccepibile rafforzamento della legittimazione e indiscutibile accrescimento dell'autorevolezza della Corte stessa. E, paradossalmente, non solo sul piano comparato, ma anche su quello domestico⁸⁷. Sintomi di un nuovo approccio italiano alla comparazione?

5. Approccio postmoderno alla comparazione: un'occasione persa o presa al volo?

Nel nostro sistema di giustizia costituzionale sono gli stessi studiosi italiani a segnalare, su vari fronti, l'inesistenza, per la nostra Corte, di “un ricorso all'uso della comparazione ma piuttosto un approssimativo riferimento al diritto straniero”⁸⁸. Evidenziano pure l'inquadramento dell'esperienza della nostra Corte tra quelle che utilizzano la comparazione attraverso il mero “ricorso a semplici richiami ricognitivi”⁸⁹. Non solo, pur con una “frequenza crescente” nella prospettiva diacronica, come anche dimostrato da dati statistici inequivocabili⁹⁰, alcuni studiosi sottolineano una connotazione della sua attività “tendenzialmente molto parca di riferimenti” comparatistici. In ogni caso, l'esplicita apertura in occasione del sindacato 2023 sull'obbligo della vaccinazione Covid-19, in particolare per la categoria delle professioni sanitarie, si ritiene vada recepita con positiva accoglienza. In altre parole, quale occasione presa, consapevolmente, ‘al volo’.

Tale declinazione in termini di tempestività, tra l'altro, trova fondamento in due precise motivazioni. Innanzitutto, sul piano della collocazione temporale della scelta di utilizzo dell'argomento comparatistico. Scelta che ben si sposa con le esigenze dettate dalle cir-

⁸⁵ Uso che è stato definito “*appropriate*” quando “*implies a multiplicity of variables, which*”, secondo una certa prospettiva, “*may be*” addirittura “*quite inappropriate in constitutional adjudication*”: V. ZENO ZENCOVICH, *The Italian Constitutional Court*, cit., p. 458.

⁸⁶ Recentemente, in particolare, F. BIAGI, *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge, 2020; N. Garopua, R.D. Gill, L.B. Tiede, *High Courts in Global Perspective. Evidence, Methodologies and Findings*, Charlottesville, 2021.

⁸⁷ Si rinvia alle riflessioni in G. BERGONZINI, G. TIEGHI, *Sull'autorevolezza del giudice costituzionale. Riflessioni conclusive*, in M. BERTOLISSI, G. BERGONZINI, G. TIEGHI, *Corte costituzionale in pubblico. L'autorevolezza del giudice*, cit., da p. 161.

⁸⁸ T.E. FROSINI, *Il metodo*, in T.E. FROSINI (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, p. 26.

⁸⁹ Precisando che solo “in limitati esempi la Corte ha fatto riferimento in modo più puntuale a specifici istituti facendo così presupporre la conoscenza di altri ordinamenti e, forse la loro comparazione”: G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 79-80.

⁹⁰ Crescita il cui punto di svolta è stato temporalmente collocato nel 2010, con un impatto complessivo delle decisioni recanti riferimenti di diritto comparato che va dallo 0,35% (nel periodo 2000-2009) allo 2,20% (nel quadriennio 2017-2021): P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, cit., pp. 202-204.

costanze emergenziali: nuove, ma al tempo stesso intrise di storia e di storici precedenti, anche giurisprudenziali⁹¹. L'emergenza pandemica, avendo già, di per sé stessa, una connotazione ontologicamente globale, ha quasi naturalmente sollecitato un sindacato di tipo 'dialogico' ossia, che tenesse conto – in termini di *cross-fertilisation*⁹² – della rivisitazione dei canoni classici del diritto comparato a favore di quell'approccio –, c.d. postmoderno⁹³ – alla comparazione. Aperto, in senso cosmopolita, ad una nuova vocazione di natura, innanzitutto, *culturale*. Ed è proprio in questo ambito che si colloca la seconda motivazione. Si tratta della coincidenza del sindacato con l'impellenza di riflettere sulla rivalutazione del giudice costituzionale in una direzione costituzionalmente culturale che non è, però, solo correlata alla "cultura dell'istruttoria" intesa in senso stretto, ma che "potrebbe essere" – come autorevolmente evidenziato – "una questione di autorità e di indipendenza"⁹⁴ del giudice costituzionale.

È alla luce di ciò che lo spunto fornito dalle decisioni prese in esame nella prospettiva comparata può rivelarsi di più ampio significato.

Si tratta di una vera e propria operazione culturale, quella che i diversi indici esaminati circa l'operato della Corte paiono rappresentare e, soprattutto, incentivare, in termini di responsabilità del giudice⁹⁵. Un processo finalizzato alla acquisizione, sempre più, di una vera e propria cultura comparata, o "*comparative mentality*"⁹⁶, come più opportunamente meglio definita. La quale, in conclusione, diviene un valore – tanto quanto il dialogo comparato – *in primis* costituzionale, se concepito nei seguenti termini, magistralmente espressi da un'Associate Justice statunitense esattamente vent'anni fa: "*We are the losers if we do not both share our experience with and learn from others*"⁹⁷.

"*At some future date*", affermava nel 1949 colui che è stato considerato il più grande comparatista, Herbert Cooke Gutteridge, "*more extensive use will, no doubt, be made of foreign*

⁹¹ "*Because our law is deeply rooted in the past*" – e ciò non vale solo per i sistemi di matrice giurisprudenziale – "*the lawyer and the judge need to cultivate a strong sense of history. (...) to say that*", evidenziava l'emérito Presidente dell'Alta Corte australiana, "*is not to say that a judge should become a legal antiquarium. Indeed, it is to state the very opposite. It is to assert that, in order to understand any rule or principle of law, one must understand what were the circumstances that brought it into existence and its purpose. This means ascertaining the reasons, values and policies on which it was founded. (...) The sense of history of which I speak is, of course*" – per ciò che qui rileva – "*centered on the law itself and its relationship with society*": SIR A. MASON, *The Art of Judging*, cit., p. 35.

⁹² Al punto da permettere, seppur gradualmente, anche agli altri ordinamenti, di riconoscere il ruolo (sempre più "pionieristico": F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2023, p. 40.) della Corte italiana "*(...) with the related effects in terms of the dissemination of ideas, principles and legal institutes, cooperation between Courts and eventually cross-fertilisation*": G.F. FERRARI, *Introduction*, cit., p. 1.

⁹³ M. SIEMS, *Comparative Law*, 3rd. Ed., Cambridge, 2022, p. 141 e ss.

⁹⁴ J. LUTHER, *Per una "cultura dell'istruttoria"*, in M. LOSANA, V. MARCONÒ, *Come decide la Corte dinanzi a questioni "tecniche"*, cit., p. 257.

⁹⁵ Nei termini di cui in S. BREYER, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, cit.

⁹⁶ V. ZENO ZENCOVICH, *The Italian Constitutional Court*, cit., p. 455.

⁹⁷ R.B. GINSBURG, *Kenyote Address*, First National Convention of the American Constitution Society, August 2, 2003, WDC, ora in R.B. GINSBURG, *Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, in *Yale Law & Policy Review*, vol. 22:239, 2004, p. 229.

*law for the purpose of assisting our judges to fill the gaps that are still to be found in our own law*⁹⁸.

Pur in un processo ancora in corso, che deve tendere inevitabilmente – anche in funzione auto-protettiva da parte della Corte stessa⁹⁹ – all’acquisizione di una sempre maggiore “*comparative legal and linguistic expertise*”¹⁰⁰, la Corte italiana ha dimostrato, in occasione del vaglio sull’obbligo di vaccinazione, che quel momento è giunto anche per il nostro ordinamento.

⁹⁸ H. C. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, Cambridge, 2nd ed. (reprint, London, 1971), p. 40.

⁹⁹ “Più una Corte è conosciuta, apprezzata, citata nel mondo”, infatti, “maggiore capacità ha, all’interno del proprio sistema nazionale, di acquisire autorevolezza e di resistere alle inevitabili pressioni del circuito della politica”: T. GROPPI, *Giustizia costituzionale “Italian style”? Sì, grazie (ma con qualche correttivo)*, cit., p. 386. Inoltre, precedentemente, sul tema: T. GROPPI, *Bottom up Globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2011, p. 199 ss.

¹⁰⁰ LORD MANCE, *Foreign Law and Languages*, in A. BURROWS, D. JOHNSON AND R. ZIMMERMANN (eds.), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Eaelsferry*, Oxford, 2013, pp. 96-97.