



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. III

(ESTRATTO)

ALESSANDRA AMORE

**LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A. PER DANNO DA VACCINAZIONE: IL
BILANCIATO LEGAME TRA DOVERE DI SOLIDARIETÀ E DIGNITÀ UMANA**

30 DICEMBRE 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Alessandra Amore

**La responsabilità della P.A. per danno da vaccinazione:
il bilanciato legame tra dovere di solidarietà e dignità umana***

ABSTRACT: *The history of yesterday and today – think of the emergency caused by the spread of the infection from Covid- 19 – tells us about the suspension of constitutional guarantees, reason of State and emergencies that justify the limitation or cancellation of fundamental rights; as well as “full powers” granted to governments and continuous attempts to consider the freedoms recognized as excessive in relation to the needs of social control or economic development. In this context, a relationship that tends to be equal between the State and the individual has been accompanied by an unequal relationship in which the inequality is the fundamental constitutional rule, since everyone knows that subjective rights, even those that represent the most immediate incarnations of individual freedom are by definition yielding to public power, which in turn refers to the necessary or reason of the state as the exclusive organization of the social order. This can be clearly understood in terms of compulsory health treatment, in which public opinion is strongly divided on the issue of vaccination between those who support the discriminatory nature of this legislative choice, unjustifiably limiting other fundamental freedoms, and those who see the need of such limitations in the name of public health protection. The paper consist of two parts: the first will investigate how constitutional jurisprudence has, over the years, attempted to preserve the value of the human person in terms of vaccination, pursuant to art. 2 of the Constitution; in the second, instead, an attempt will be made to highlight how the duty of solidarity – places to safeguard a balances social bond – has affirmed the general character of the responsibility of the Public Administration from lawful activity. It will be particularly highlighted how the “person-state” holder of eminent dominion over all goods and interest, which reserved to the Legislator to choose of recognizing a compensation for the sacrifice made to the interest of the individual – has affirmed the general principle of state compensatory intervention in favor of the person injured by the vaccine.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il valore della dignità umana in ipotesi di vaccinazione: il difficile equilibrio tra dovere di solidarietà e libertà di autodeterminazione. – 3. Dovere di solidarietà, bilanciato legame sociale, e l’(in)certa configurazione della responsabilità amministrativa da attività lecita. – 3.1. *Segue:* la responsabilità della P.A. da attività lecita per danno da vaccinazione raccomandata – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.*

“Libertà e diritti accompagnano la nascita del cittadino moderno, definiscono un ordine politico e simbolico interamente nuovo”¹. Con tale espressione, Stefano Rodotà apre il suo libro su “Libertà e diritti in Italia”, in cui si tratteggia un’idea di Stato – qual è la forma repubblicana – preposta al riconoscimento dei diritti e al benessere dei cittadini, attraverso la creazione di un ordinamento giuridico organico e completo, indirizzato a disciplinare i poteri dello Stato e a circoscrivere i confini dell’*agere* amministrativo.

Così, con l’entrata in vigore della Carta costituzionale, si supera l’autocrazia sabauda e il ventennio mussoliniano e, attraverso la proclamazione dell’idea democratica-pluralista, si riconosce la centralità della persona umana. È questo il vero progresso dello Stato democratico: la Repubblica



¹ S. RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia*, Donzelli, Roma, 1997, 1.

è l'emblema di una nuova comunità politica in cui il vero apporto innovativo si sostanzia nella massima valorizzazione del rapporto di parità tra governanti e governati.

Basti richiamare l'art. 2 Cost. che, da un lato, afferma il primato e l'indipendenza originaria della persona umana, cioè la sua priorità di valore rispetto sia allo Stato, sia ad ogni altra autorità o struttura sociale dell'uomo, nonché la sua inviolabile dignità che si esprime nei suoi diritti, assunti perciò come inviolabili, nella loro essenza, da ogni potere statale, dall'altro, impone ai cittadini l'adempimento di doveri che, in forza dell'espressa connotazione solidaristica, sono volti al soddisfacimento di esigenze della collettività.

Purtuttavia, la storia di ieri e di oggi – si pensi alla situazione d'emergenza determinata dalla diffusione del contagio da Covid-19 – ci parla di sospensione delle garanzie costituzionali, di ragioni di Stato e di emergenze che giustificano la limitazione o la cancellazione di diritti fondamentali; nonché di “pieni poteri” concessi ai governi e di tentativi continui di considerare le libertà riconosciute eccessive rispetto alle esigenze di controllo sociale o di sviluppo economico².

In tale contesto, secondo Giorgio Berti, a un rapporto tendenzialmente paritario tra Stato e individuo si è accompagnata una relazione diseguale nella quale “anzi la diseguaglianza dei soggetti è la regola costituzionale fondamentale”, poiché “è noto a tutti che i diritti soggettivi, anche quelli che rappresentano le più immediate incarnazioni della libertà individuale, sono per definizione cedevoli di fronte al potere pubblico, che si richiama a sua volta alla necessità o alla ragione dello Stato come organizzazione esclusiva dell'ordine sociale”³.

Nel corso degli anni, difatti, il proliferare nella società di interessi collettivi differenziati (alla salute, alla sicurezza, etc.) ha influito sul rapporto fra il potere e la libertà degli individui, creando spesso occasioni di soggezione o di non libertà⁴. Non rimane dunque che domandarci se non ci si sia lasciati andare “alla meccanica di un movimento che, partendo sempre dal potere come punto superiore di attacco, giunge all'individuo per via discendente, come se la libertà che a lui si riconosce fosse sempre ciò che residua dopo che sono stati soddisfatti gli interessi di cui il potere si fa portatore”⁵.

E ciò si coglie nitidamente, ad esempio, in tema di trattamento sanitario obbligatorio, in cui l'opinione pubblica è fortemente divisa sul tema della vaccinazione: tra chi sostiene il carattere discriminatorio di tale scelta normativa, limitativa ingiustificatamente di altre libertà fondamentali, e chi invece ravvisa la necessità di tali limitazioni in nome della tutela della salute pubblica.

In tale scenario, il compito dello studioso si sostanzia nel ricercare la dimensione dell'individuo quale centro di imputazione di diritti e di doveri: quell'individuo che – collocato all'interno dell'organizzazione sociale – agisce mosso dal sentimento di cooperazione tipico di ogni consociato e, se danneggiato, ha diritto a un ristoro, proprio per il valore centrale assunto nell'ordinamento.

Ebbene, la chiave di volta indispensabile per sviluppare l'obiettivo di ricerca si individua nell'art. 2 Cost., ossia nel principio [dovere] di solidarietà, qualificato come collante di tutte le antinomie tipiche della dimensione politica, amministrativa, e sociale dell'uomo.

Alla luce di tali premesse, il presente lavoro si compone idealmente di due parti: nella prima si indagherà come la giurisprudenza costituzionale abbia, negli anni, tentato di preservare il valore della persona umana in tema di vaccinazione, *ex art. 2 Cost.*; nella seconda, invece, si tenterà di mettere in luce come il dovere di solidarietà – posto a presidio di un bilanciato legame sociale – abbia affermato il carattere generale della responsabilità della P.A. da attività lecita. In particolare, si evidenzierà come dallo “Stato-persona” – titolare di un dominio eminente, su ogni bene e

² S. RODOTÀ, *Libertà*, cit., 3 e 10, dove si afferma che: “intanto, però, non si arresta la marcia dei diritti, e da tempo si parla di una loro quarta generazione, dove confluiscano la sensibilità planetaria per i temi ambientali, i dilemmi della vita e della morte che accompagnano la bioetica, la cittadinanza elettronica associata alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione”.

³ G. BERTI, *Diritto e Stato*, Padova, 1986, 167.

⁴ G. BERTI, *Diritto*, cit., 168.

⁵ G. BERTI, *Diritto*, cit., 169.

interesse, che riservava al Legislatore la scelta di riconoscere un compenso per il sacrificio recato all'interesse dell'individuo – si sia affermato il principio generale di un intervento compensativo statale in favore della persona danneggiata dal vaccino⁶.

Proprio muovendo da tale presupposto, quindi, la rilettura delle norme ordinarie civilistiche consentirà di disegnare la responsabilità da attività lecita come sistema di sicurezza sociale, nel rispetto delle regole di solidarietà sociale e dell'equa ripartizione degli oneri pubblici cristallizzate nella Carta costituzionale.

2. Il valore della dignità umana in ipotesi di vaccinazione: il difficile equilibrio tra dovere di solidarietà e libertà di autodeterminazione.

La dignità, così come disegnata nella Carta costituzionale, appare un attributo inscindibile e indissolubile della persona: si atteggia come “nucleo duro dell'umano” e vieta di “degradare l'uomo concreto a oggetto, semplice strumento, entità fungibile”, una mera *res*⁷. Intanto, nel corso degli anni, “la salute (...) non [è stata] più intesa esclusivamente in termini oggettivi, come assenza di malattia, ma [è stata] considerata in relazione alla percezione che il soggetto ha di sé, del proprio stato fisico e mentale, perché lo star bene coinvolge gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto stesso. Si assiste a un passaggio dell'idea di salute come standard (l'uomo sano) al vissuto. Non c'è più (soltanto) un metro oggettivo su cui misurare, con gli strumenti della scienza, la salute, ma occorre tenere conto dell'esperienza individuale, dell'universo di valori, culturali”⁸.

Ciò, in conformità al dettato costituzionale, *ex art. 32*, che – tutelando il diritto alla salute del singolo, in tutte le sue dimensioni – supera l'insegnamento proveniente dallo Stato di diritto, in cui la salute era considerata unicamente nella dimensione collettiva dell'ordine pubblico.

In altri termini, l'art. 32 costituisce un “esempio mirabile” di quell'equilibrio che, nella Carta, si è realizzato tra il principio di libertà e quello di solidarietà; equilibrio che consente di declinare il diritto alla salute su un duplice piano: individuale e soggettivo, (i.e. la salute come diritto fondamentale del singolo cittadino), sociale e c.d. oggettivo (i.e. la salute intesa come interesse della collettività).

Nella visione personalistica tratteggiata dalla Carta costituzionale, dunque, la dignità umana implica la coesistenza di diritti e doveri, di libertà e di responsabilità, verso gli altri ma anche verso se stessi, dando vita così a un dovere di essere liberi a garanzia della propria integrità psico-fisica⁹.

Sulla base di tali premesse si spiega perché le misure, normative o amministrative, con cui si dispone il trattamento vaccinale implicano, a monte, una triplice valutazione: quella scientifica, dei rischi potenziali derivanti dal trattamento; quella relativa al rapporto “costi/benefici”, provenienti dalla sottoposizione o meno a trattamento sanitario; e infine, la definizione di una misura precauzionale che risulti non discriminatoria e coerente con altri interventi del medesimo tipo,

⁶ Sul tema si rinvia a: V. ONIDA, *Principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, I, 86; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 253.

⁷ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 178; G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde : Entwurf eines praktischen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I. in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, 2, 117-157.

⁸ G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in U. Veronesi (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2006, 143-144.

⁹ G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?* in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, 51; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)* in *Pol. dir.*, 1991, 365 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 280 ss.

proporzionata al livello di protezione ricercato, modificabile e rivedibile in base all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e delle circostanze di fatto (c.d. "gestione del rischio")¹⁰.

Chiarito, quindi, che le ragioni di tutela della salute della collettività non possono finire col pregiudicare la dignità individuale, la legge impositiva di un trattamento sanitario¹¹ sarà costituzionalmente legittima se prevederà un trattamento diretto a migliorare lo stato di salute del soggetto obbligato e a preservare quello degli altri individui (c.d. "interesse alla tutela della salute collettiva"), giacché è proprio tale ultimo "scopo che giustifica la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"¹².

Tuttavia, se, nonostante le adeguate precauzioni, derivi dal vaccino il rischio c.d. "minimo", lo Stato deve garantire la corresponsione di una equa indennità al vaccinato danneggiato. In tal senso, la *ratio* è nitida: così come il singolo cittadino deve sottoporsi a vaccinazione per la tutela della collettività, allo stesso tempo la collettività è chiamata a corrispondere un equo ristoro per il danno patito dall'individuo, nel rispetto del c.d. "patto di solidarietà" (è il c.d. "principio di corrispondenza").

La giurisprudenza costituzionale elabora dunque una logica solidaristica, nella materia in esame, legata "ad evenienze in cui, in nome della solidarietà pura, la collettività assuma su di sé, totalmente o parzialmente, le conseguenze di eventi dannosi fortuiti e comunque indipendenti da decisioni che la società stessa abbia preso nel proprio interesse"¹³. Orientamento che trae ispirazione – probabilmente – dall'idea che le persone, nel momento in cui costituiscono l'ordinamento e fondano lo Stato, "trattengono nell'ambito della (loro) sovranità i diritti inviolabili (...) un fondamento unitario dei diritti nella sovranità (...)" in cui – dal combinarsi degli artt. 1, 2 e 3 Cost. – il suo nucleo essenziale e incompressibile sarà protetto e bilanciato¹⁴.

Da ciò, due riflessioni: in primo luogo, la salute non può atteggiarsi come valore supremo ma richiede piuttosto – in una prospettiva costituzionalmente orientata – un continuo bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, "senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei

¹⁰ In dottrina v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, 154; S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo. it.*, 3/2014, 14-15.

¹¹ In tema di trattamento sanitario obbligatorio, in dottrina si veda, a titolo meramente esemplificativo, D. VINCENZI AMATO, *Il 2° comma dell'art. 32*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, 167 ss.; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, 876; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1/1983, 28-30; M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute – dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 10-11; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione* diretto da R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 666-669; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, 3 ss.; R. BALDUZZI – D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in R. Balduzzi – G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 3 ss.; M. CARTABIA, *L'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in R. Balduzzi (a cura di), *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, 2017, 17 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2018.

¹² Pur rimanendo tale essenziale profilo sullo sfondo del presente contributo, non si può omettere di dar conto del [comunicato della Corte costituzionale del 1° dicembre 2022](#) relativo alle decisioni in corso di pubblicazione con cui, tra l'altro, sono stati rigettati i dubbi di costituzionalità sollevati sull'obbligo vaccinale del personale scolastico e circa la previsione che esclude, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, la corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro per chi sia stato sospeso; e ciò, sia per il personale sanitario, sia per il personale scolastico.

¹³ [Corte cost. sent. n. 342 del 2006](#).

¹⁴ M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e amministrazione*, 2/2020, 579, il quale richiama: L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 101 ss.

canoni di proporzionali e di ragionevolezza”¹⁵; in secondo luogo, le esigenze di solidarietà “non possono essere estese fino a limitare le scelte sulle cure in quanto la persona non è in alcun modo strumentalizzabile neanche per fini solidaristici”¹⁶.

La dialettica “libertà-solidarietà” si esprime dunque, secondo una prospettiva garantistica, richiamando il concetto complesso elaborato nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale di diritto alla tutela della salute come “nucleo irriducibile del diritto (...) protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto”¹⁷.

Da tali considerazioni si coglie il principio fondamentale secondo cui il diritto alla salute è un diritto “bipolare”, qualificandosi costituzionalmente illegittimo ogni intervento legislativo, che consenta prevalere del diritto fondamentale del singolo a scapito dell’interesse generale e viceversa. Principio che si desume chiaramente dalla celebre [sentenza n. 307 del 1990](#) della Corte costituzionale, in cui il dovere di solidarietà è inteso quale momento di equilibrio tra l’autonomia individuale nell’esercizio del diritto fondamentale alla salute e “la misura di un legittimo intervento autoritario in vista del perseguimento dell’interesse generale ad un efficace profilassi”¹⁸.

In conformità a tale orientamento giurisprudenziale – com’è noto – è stata approvata la legge 25 febbraio 1992, n. 210, recante “Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati”, che, all’art. 1, riconosce un diritto all’indennizzo a “chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica”¹⁹. Si tratta di un ristoro – come affermato dalla Corte costituzionale – “dovuto per il semplice fatto obiettivo e incolpevole dell’aver subito un pregiudizio non evitabile, in un’occasione dalla quale la collettività nel suo complesso trae un beneficio: dovuto dunque indipendentemente dal risarcimento in senso proprio che potrà eventualmente essere richiesto dall’interessato, ove ricorrano le condizioni previste dall’art. 2043 del Codice civile”²⁰. Senonché, nel corso degli anni, la Corte

¹⁵ In caso contrario, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, quali espressione della dignità della persona (cfr. [Corte cost., sent. n. 20 del 2017](#)).

¹⁶ Si veda V. De SANTIS, *Dalla necessità dell’obbligo vaccinale alla realtà del Green Pass*, in [Nomos](#), 3/2021, 6.

¹⁷ [Corte cost., sent. n. 509 del 2000](#): “Salvo il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Cost. come ambito inviolabile della dignità umana, i trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute sono garantiti ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all’attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento fra l’interesse sotteso a quel diritto e gli altri interessi costituzionalmente protetti, tra i quali quello oggettivo posto dai limiti organizzativi e di bilancio” ([Corte cost., sentt. nn. 267 del 1998](#) e [309 del 1999](#)).

¹⁸ Con la [sentenza n. 307 del 1990](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge n. 51 del 1996, per violazione degli artt. 2 e 32 Cost., nella parte in cui non prevedeva l’obbligo a carico dello Stato di indennizzare il danno patito dal cittadino riconducibile causalmente alla vaccinazione contro la poliomielite.

¹⁹ Tale indennizzo, ex art. 2, consiste in un assegno non reversibile determinato secondo i parametri tabellari delle pensioni privilegiate per il settore pubblico, di cui alla tab. B, della l. n. 177 del 1976 - “Collegamento delle pensioni del settore pubblico alla dinamica delle retribuzioni. Miglioramento del trattamento di quiescenza del personale statale e degli iscritti alle cause pensioni degli istituti di previdenza” – integrati dall’indennità integrativa speciale di cui alla l. n. 324 del 1959, “Miglioramenti economici al personale statale in attività ed in quiescenza”. Nel corso degli anni questa disciplina è stata più volte oggetto di sindacato della Corte costituzionale, si rinvia a: [Corte cost., sentt. nn. 307 del 1990](#); [118 del 1996](#); [27 del 1998](#); [226 del 2000](#); [423 del 2000](#). In giurisprudenza in tema di indennizzo si rinvia a: Corte appello Milano, 20 luglio 2016: “Per i soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie (...) è previsto, oltre all’indennizzo di cui all’art. 1, l. n. 201 del 1992, un assegno una tantum, pari al 30% dell’indennizzo, dovuto per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell’evento dannoso e l’ottenimento dell’indennizzo stesso.

²⁰ Corte costituzionale, [sent. n. 118 del 1996](#), che se da un lato conferma quanto già racchiuso nella [sentenza n. 307 del 1990](#), dall’altro, fornisce un ulteriore tassello in tema di bilanciamento tra il diritto alla salute individuale e quello collettivo. Ed ancora per [Corte cost. sent. n. 307 del 1990](#) “Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell’imposizione del trattamento sanitario – implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri,

costituzionale ha riconosciuto l'indennizzo anche in ipotesi di vaccinazione "consigliata" o "raccomandata", in virtù del diritto-dovere di solidarietà in cui le autorità sanitarie tendono di coinvolgere i cittadini ad aderire ad un programma di politica sanitaria, rimettendo tale scelta alla libertà di autodeterminazione di ogni individuo, nel rispetto di quella "costruzione personalista dell'ordito costituzionale (...), che pone l'uomo e il suo benessere al centro del proprio catalogo assiologico"²¹.

La dignità della persona implica difatti la coesistenza di diritti e doveri, di libertà e di responsabilità verso il prossimo, ma anche verso se stessi, raffigurandosi così, come già accennato, un dovere di essere liberi, in forza del quale ciascuno deve assumere un contegno coerente con l'indisponibile esigenza di mantenimento e promozione della propria libertà-dignità, anche sotto l'aspetto dell'integrità psico-fisica. A ciò si aggiunga che il principio di autodeterminazione è tutelato a livello sovranazionale dagli artt. 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. nonché, sul piano internazionale, dall'art. 8, comma 1, CEDU, il quale nel sancire il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, preclude all'autorità pubblica la possibilità di ingerirsi nell'esercizio della libertà di autodeterminazione, salvo sia consentito dalla legge ovvero rappresenti una misura, che in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Con specifico riferimento ai trattamenti sanitari, poi, si richiamano gli artt. 5, 6 e 9 della Convenzione sui Diritti dell'uomo e la medicina – sottoscritta a Oviedo – in cui si legge che un trattamento sanitario può essere praticato soltanto se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato. Sicché – mentre in ipotesi di trattamento obbligatorio, i diversi attori (autorità pubbliche e individui) finiscono per realizzare l'obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia indipendentemente"²² – "per quanto concerne le vaccinazioni raccomandate, in presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore dei trattamenti vaccinali" è invece naturale che si sviluppi un affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie; il che rende la scelta individuale di aderire alla raccomandazione di per sé

di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito. E parimenti deve ritenersi per il danno – da malattia trasmessa per contagio dalla persona sottoposta al trattamento sanitario obbligatorio o comunque a questo ricollegabile – riportato dalle persone che abbiano prestato assistenza personale diretta alla prima in ragione della sua non autosufficienza fisica (persone anche esse coinvolte nel trattamento obbligatorio che, sotto il profilo obiettivo, va considerato unitariamente in tutte le sue fasi e in tutte le sue conseguenze immediate)".

²¹ Cass. civ., sez. lav., n. 7354 del 2021; Cass. civ. n. 268 del 2017: "la traslazione sulla collettività delle conseguenze negative del vaccino antinfluenzale, alle condizioni e nei limiti previsti dalla l. n. 210 del 1992, consegue all'applicazione dei principi costituzionali di solidarietà, ex art. 2 Cost., di tutela della salute anche collettiva, ex art. 32 Cost., e di ragionevolezza, ex art. 3 Cost., completando – in termini che rendono più serio e affidabile ogni programma sanitario rivolto alla diffusione dei trattamenti vaccinali – il patto di solidarietà tra individuo e collettività, al fine di una più ampia copertura, con benefici non solo economici sul SSN e sulle attività lavorative". [Corte cost., n.118 del 2020](#) ha osservato che: "nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici", nello stesso senso si rinvia a: [Corte cost. sentt. nn. 268 del 2017, 207 del 2012, n. 293 del 2011 e n. 27 del 1998](#). Per ulteriori approfondimenti in dottrina si veda: M. D'ARIENZO, *Al di là del nesso autorità/libertà: i recenti sviluppi della politica vaccinale italiana alla prova dei fatti e nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa tra diritto alla salute pubblica, rischi per la salute individuale, garanzia ed effettività dei diritti fondamentali ed equilibrio economico-finanziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2019, 341 ss.; L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 375 ss., secondo l'A. "(...) nell'ipotesi del trattamento sanitario suggerito, lo Stato assume un obbligo di protezione della sfera giuridica dell'individuo, proprio in ragione dell'affidamento indotto sulla opportunità di una condotta che, oggetto di pubblica sollecitazione, deve presumersi atta a tutelare e non a ledere l'integrità psico-fisica" (virgolettato tratto da F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit.).

²² [Corte cost., sent. n. 107 del 2012](#).

obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo, al di là delle particolari motivazioni che muovono i singoli²³.

Tirando le fila sulla base delle argomentazioni fin qui condotte in ordine alla scelta di ribadire l'estensione della tutela indennitaria anche nelle ipotesi di effetti collaterali conseguenti alle vaccinazioni raccomandate, è chiaro che il fondamento del diritto all'indennizzo riposi sui vincoli propriamente solidali tra collettività e individui – preposti alla cura di un interesse obiettivamente comune – sicché al “verificarsi di eventi avversi e di complicità di tipo permanente a causa di vaccinazioni effettuate nei limiti e secondo le forme di cui alle previste procedure deve essere, per l'appunto, la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio individuale piuttosto che non i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio collettivo”²⁴.

La frizione testé ricordata tra la dimensione individuale e collettiva di cui si compone la tutela della salute (art. 32 Cost.) ha imposto – in conclusione - di apprestare una riparazione adeguata in favore delle varie classi dei destinatari del trattamento; ciò consente di affermare che il principio di solidarietà rappresenta il “faro” che illumina la scelte legislative in sede di riconoscimento dell'indennizzo nonché il principio generale su cui si fonda la responsabilità da attività lecita della P.A.

3. Dovere di solidarietà, bilanciato legame sociale, e l'(in)certa configurazione della responsabilità amministrativa da attività lecita.

La pregressa ricostruzione circa la distinzione tra vaccinazione obbligatoria e raccomandata consente di argomentare ulteriormente in tema di responsabilità della P.A.

Sembra opportuno, però, dapprima precisare che, in ipotesi di danno da vaccinazione, l'individuo può avere: a) diritto al risarcimento del danno cagionato da comportamenti colposi, *ex art. 2043 c.c.*; b) diritto a un equo indennizzo, in virtù del combinato disposto tra l'art. 2 e l'art. 32 Cost., qualora il danno sia stato subito in conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale, e non di un fatto illecito; c) il diritto a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali, in tutti gli altri casi.

Non essendo possibile, per ragioni di sintesi, analizzare la responsabilità extracontrattuale né le misure di sostegno assistenziale, l'attenzione si pone allora sul riferimento alla indennità *sub b)*, che richiamerebbe un'ipotesi di responsabilità da attività lecita della P.A., ricorrente allorché essa abbia sacrificato interessi o diritti dei privati *secundum ius* nell'esercizio della sua potestà, ossia al di fuori delle ipotesi di responsabilità aquiliana, *ex art. 2043 c.c.*²⁵ Tale tipologia di responsabilità

²³ [Corte cost., sent. n. 107 del 2012.](#)

²⁴ Cass. civ., sez. VI, 18 marzo 2014, n. 6266: “La *ratio* del diritto all'indennizzo previsto dalla disposizione censurata è l'interesse collettivo alla salute e non l'obbligatorietà in quanto tale del trattamento, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse, il quale, a propria volta, è fondamento dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento, vengano a soffrire di un pregiudizio. Di conseguenza, in presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore della pratica di vaccinazioni (...) è naturale che si sviluppi un generale clima di affidamento nei confronti di quanto raccomandato: ciò rende la scelta adesiva dei singoli, al di là delle loro particolari e specifiche motivazioni, di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo”.

²⁵ Tribunale Roma sez. II, 1 ottobre 2008: “Il pregiudizio eventualmente derivato al singolo individuo dalla somministrazione dei vaccini obbligatori, deve ricondursi, pertanto, nella categoria del danno derivante da attività lecita della PA che, proprio in considerazione della mancanza di anti-giuridicità della condotta, non può essere sussunto nello schema normativo della fattispecie dell'illecito civile *ex art. 2043 c.c.* (...) dando piuttosto luogo ad una prestazione indennitaria (...) gravante sulla collettività in virtù tanto del principio di solidarietà sociale che informa l'ordinamento giuridico, quanto del criterio di assunzione dei “costi del rischio” che, nel caso di specie, non possono non gravare sul soggetto che beneficia dei risultati positivi dell'attività di vaccinazione preventiva per sua natura pericolosa. In ordine alla natura della responsabilità amministrativa da atto lecito si richiamano le differenti tesi enunciate dalla dottrina. Per

radicherebbe il proprio fondamento nel dovere di solidarietà, quale presidio di un bilanciato legame sociale²⁶.

Prima di addentrarci nella disamina di tale istituto pare tuttavia utile ripercorrere, seppur sommariamente, le tesi dottrinali enucleate in tale ambito.

Un primo tentativo lo si deve a Vittorio Emanuele Orlando il quale – muovendosi nell’ottica dei modelli civilistici e, dunque, nella sfera del “diritto privato comune, cui è sottoposta in genere l’amministrazione dello Stato, per gli effetti patrimoniali della sua attività anche attinenti a fini pubblici” – descriveva la parabola generale della responsabilità civile osservando, già allora, come “si tende, anche nel diritto privato, all’attenuazione e all’eliminazione dell’elemento della colpa come fondamento della responsabilità”²⁷. E ancora, per Santi Romano, “l’ente pubblico che impone a un diritto individuale un particolare sacrificio che non è compreso nei limiti normali di esso, (...) ha l’obbligo di risarcirlo o, con altre parole, convertirlo (...) in un’indennità”²⁸.

Se tale tesi riconosce il diritto all’indennizzo ogniqualvolta la P.A. abbia agito lecitamente e sacrificato un diritto del privato, per Cammeo invece “la responsabilità per fatti leciti sussiste e sussiste in base a un principio *generale, analogo* a quello per cui in diritto privato è stabilita la responsabilità senza colpa. Il principio è il seguente. L’amministrazione spesso per raggiungere i suoi scopi deve sacrificare nell’interesse collettivo interessi individuali. Quando questi sono lievi si può lasciarne l’onere sull’individuo sacrificato. Quando sono gravi è opportuno indennizzarne il sacrificio col pubblico denaro: ossia ripartire l’onere su tutta la collettività dando il pubblico denaro che proviene a mezzo dei tributi”²⁹. Senonché l’argomentazione di Cammeo, in assenza di un’espressa previsione normativa che indichi i parametri per valutare l’entità del sacrificio apportato all’interesse del paziente, è ormai superata dall’odierno quadro costituzionale: giacché la lacuna normativa riserverebbe un’ampia discrezionalità alla P.A., con contestuale sindacato giurisdizionale c.d. “debole” e compromissione del diritto di difesa dei cittadini, in violazione degli artt. 24 e 113 Cost.³⁰; vieppiù, la tesi in esame comprometterebbe il principio di imparzialità della

G. CORSO, *La responsabilità della Pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2/2009, 203 ss.: “Lo Stato e gli enti pubblici cumulano i ruoli di tutore, di precettore, di padrone, di committente, di proprietario di cose, di autoveicoli di animali, di ciascuna delle figure contemplate dagli artt. 2047-2053 c.c., molte delle quali rispondono a titolo della responsabilità oggettiva mentre in altre il regime della colpevolezza e della sua prova è regolato in modo diverso da quello stabilito in via generale, dall’art. 2043 c.c.. Diritto costituzionale e diritto civile convergono così nel produrre un effetto di allargamento della responsabilità della p.a. da attività lecita”. Nella dottrina civilistica, invece, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1068, ritiene che: “a prescindere dalla ingiustizia del danno, un atto lecito dannoso, in quanto tale esige pur sempre un risarcimento, sì che non può non rientrare nel sistema della responsabilità civile”.

²⁶ Sul punto la dottrina civilistica ha affermato l’incompatibilità terminologica della responsabilità da attività lecita con lo schema della responsabilità civile, in quanto in “un contrasto fra il comportamento di chi cagiona il danno ed il diritto soggettivo del danneggiato (...) è necessario concludere per la illiceità del comportamento stesso”, si v. G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 201. L’A., inoltre, ritiene di dover escludere la configurazione di tale tipologia di responsabilità, per una duplice ragione: prima di tutto per l’incompatibilità logica e giuridica tra responsabilità per danni ed esercizio del diritto, dogmaticamente concepito come *agere licere*; in secondo luogo, per la centralità della relazione responsabilità-colpa-antigiuridicità e ingiustizia stessa. Sul punto, si vedano anche G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 353; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994, 555 ss., il quale afferma: “La responsabilità da atto lecito designa gli obblighi legali di indennizzo derivanti da fatti dannosi non vietati dall’ordinamento giuridico”, i quali trovano “fondamento nell’esigenza che in determinati casi chi esercita un diritto ne paghi le conseguenze economiche subite da altri”, ma ritiene “l’idea di una responsabilità nascente da fatto lecito (...) intimamente contraddittoria, in quanto il compimento di un atto autorizzato dalla legge non giustifica alcuna conseguenza in termini di responsabilità, che è nozione essenzialmente attinente all’illecito”, 557- 556.

²⁷ V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, vol. III, 1893, 356 ss.

²⁸ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988.

²⁹ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, (rist. ed. del 1914), Padova, 1992, III, 1358-1359.

³⁰ Quando la Costituzione riconosce a tutti i cittadini il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi contro gli atti della P.A.; quando afferma che “tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o

P.A., ex art. 97 Cost., sotto il profilo oggettivo e soggettivo, poiché essa è tenuta ad agire nel rispetto del principio di legalità e di eguaglianza: se si esclude che i diritti possano venire intesi come domini assoluti e illimitati, il contenuto degli stessi è allora sottoposto a un regime che la Costituzione lascia determinare alla legge³¹.

La previa determinazione dei criteri di massima per l'espressione dei giudizi è, dunque, il meccanismo che consente di limitare le valutazioni *ex post* e gli apprezzamenti arbitrari, vincolando l'Amministrazione a un percorso imparziale, omogeneo e graduale di valutazioni prestabilite. Si tratta di un metodo generale che assicura gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale, nonché imparzialità nell'offerta di eguali opportunità a tutti i cittadini, nel rispetto del principio di eguaglianza, ex art. 3 Cost., che impone alla P.A. il dovere di trattare in modo eguale situazioni analoghe e situazioni differenti in modo ragionevolmente diversificato: una volta che sono determinati in anticipo i criteri di valutazione, la verifica di imparzialità passa attraverso il controllo del rispetto fedele e conseguente dei criteri prefissati, riservando al giudice un controllo giurisdizionale penetrante.

Nel contesto attuale, inoltre, l'imparzialità rappresenta il corollario su cui si regge il procedimento amministrativo, sede di confronto dialettico dei molteplici interessi pubblici e privati coinvolti. In tale *iter* il rispetto del principio di imparzialità non risiede nella predeterminazione legislativa del canone degli interessi da tutelare, ma nelle disposizioni normative che disciplinano le modalità attraverso cui la scelta tutelabile viene compiuta³².

In tale ottica, la migliore e più efficace manifestazione del principio di imparzialità è la stessa procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, poiché il procedimento è la sede della c.d. "co-decisione amministrativa", luogo di confronto dialettico e trasparente di tutti gli interessi attinti dall'agire amministrativo. Pertanto, la connessione tra il procedimento amministrativo e la tutela delle posizioni soggettive comporta che l'Amministrazione assolva a una funzione di tipo strettamente giustiziale, a tutela degli interessi protetti dall'ordinamento che potrebbero essere lesi dal procedimento amministrativo³³.

Appare evidente, a questo punto, che – affinché la situazione dei cittadini riceva piena tutela – occorre disciplinare in particolare due momenti: quello concernente gli interessi da comparare e

limitata da particolari mezzi di impugnazione", asserisce che ai cittadini spetta una tutela giurisdizionale piena ed effettiva a prescindere dalla entità della lesione della situazione giuridica ovvero dalla qualificazione della medesima in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo, a presidio del rapporto paritario tra Stato e cittadini.

³¹ "Spetta al legislatore (...) la possibilità di prevedere delle imposizioni a titolo particolare, con diversa gradazione e più o meno accentuata restrizione delle facoltà di godimento e di disposizione. Ma tali imposizioni a titolo particolare non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, al di là della quale il sacrificio imposto venga ad incidere sul bene, oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico" (cfr. [Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55](#)).

³² A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 117 e 41: "il buon andamento strutturale si manifesta nel complesso degli istituti procedimentali e dei rapporti di organizzazione finalizzati alla composizione degli interessi pubblici", la finalità sintetica cui tende il buon andamento funzionale della P.a. non riesce ad emergere senza una specificazione dei mezzi, onde "la nozione funzionale di b.a., tende a esplicitarsi attraverso una serie di specificazioni di ordine strutturale".

³³ Per ulteriori approfondimenti sulla l. n. 241 del 1990, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, 132; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1/2004, 59 e ss.; M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 1836; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa, tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 4/2005, 707 e ss.; B. G. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2005, 469ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2008; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008; F. GAFFURI, *I nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2008, 179 ss.; ID., *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013; S. FIENGA, *Il procedimento amministrativo nelle decisioni del Tar e del Consiglio di Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2009, 278 e ss.

quello relativo alla determinazione dei criteri secondo cui le valutazioni, e le conseguenti scelte, debbono essere effettuate. L'effettività di questa funzione impone una condizione di parità giuridica formale tra colui che agisce e colui che resiste, nel senso che tutte le parti devono avere i medesimi strumenti per influire, almeno in via astratta sulla decisione finale³⁴. Da qui, l'esigenza di considerare il soddisfacimento delle finalità indicate nella Costituzione o nelle leggi in un quadro complessivo relativo allo sviluppo della comunità, *ex art. 2 Cost.* Il riconoscimento legislativo della rilevanza di un determinato compito che la norma propone al potere pubblico di svolgere, difatti, non è privo di rilevanza giuridica.

L'imparzialità è la "coscienza morale" dell'Amministrazione che, nel rapporto asimmetrico e sproporzionato del potere pubblico con gli altri, pone il principio della responsabilità alla base della libertà dell'azione amministrativa: la pubblica amministrazione è tenuta all'imparzialità, non soltanto quando adotta provvedimenti, ma anche nei suoi atteggiamenti e comportamenti materiali.

In termini soggettivi, poi, si richiama il rispetto del criterio di equità, ovvero il fatto che l'ordinamento positivo afferma il diritto dell'individuo a un trattamento equo in ogni caso di relazione con l'amministrazione. E invero *l'agere* amministrativo Pubblica amministrazione, per la natura stessa delle sue funzioni e per gli scopi che persegue, non può essere determinato da ragioni contrarie alla morale e all'equità³⁵.

Nel campo del diritto pubblico, pertanto, l'equità implica che i rapporti tra cittadini e Stato debbono disciplinarsi in guisa da raggiungere il massimo utile pubblico col il minimo sacrificio privato.

Ciò è dovuto – soprattutto – all'innegabile solidarietà di interessi tra la società, lo Stato e i cittadini: che lo Stato consegua, con la sua azione, il massimo utile pubblico è interesse anche del singolo; ma gli interessi individuali di questo devono subire il minor sacrificio possibile, tanto cioè quanto è sufficiente, perché sia raggiunto quell'utile pubblico che l'azione dello Stato mira a conseguire.

A ciò si aggiunga che il potere statale può essere esercitato a tutela della salute collettiva soltanto in presenza di una legge introduttiva di obblighi che incidono sulla sfera personale del cittadino, *ex art. 23 Cost.* "La finalità della disposizione è evidentemente garantistica, come traspare anche dalla sua posizione nella Carta costituzionale, subito dopo il riconoscimento delle libertà individualistiche della persona, ed ha una valenza per così dire residuale: ogni forma di obbligo, imperativo o comando, che sia già presidiata dalla più intesa tutela dei diritti espressamente riconosciuti dalla Costituzione, non è lasciata alla sfera dell'indifferenza costituzionale ma viene assistita da una riserva di legge"³⁶.

³⁴ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 133 ss.; ID., *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, 738 ss.; C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 393 ss.; L. DE LUCIA, *Procedimento e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 1/2005, 87 ss.

³⁵ L. PERFETTI, *Per una sistematica equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Scritti in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2012, 714 e 715: "Ne deriva logicamente che il titolare della sovranità, esercitandola, costituisce, legittima e regola l'autorità nelle forme fissate in Costituzione e, tuttavia, le sottrae libertà e diritti fondamentali (che preesistono alla posizione della Costituzione come norma e continuano a vivere nel perimetro dell'autonomia della persona e delle sue relazioni – art. 2 Cost. – come esercizio diretto della sovranità nei confronti dell'autorità). L'autorità si fonda sulla sovranità delle persone, è a questa funzionale ed è regolata nelle forme fissate dalla Costituzione; le libertà ed i limiti ed i diritti fondamentali restano nel perimetro della sovranità delle persone. Ciò non significa che l'autorità non dispone di poteri che incidono sulle libertà e sui diritti fondamentali. Infatti, regola essenziale di libertà e diritti è di essere riconosciuti e garantiti come pieni ed uguali (in Costituzione, gli artt. 2 e 3). È evidente che la necessaria eguaglianza che deve essere assicurata nel godimento di libertà e diritti può – restando nel perimetro della loro sovranità – richiedere l'esercizio di azioni dell'autorità intese a garantire le condizioni di eguaglianza. Ecco allora che si può dare il caso (...) di poteri che sono destinati ad incidere su libertà e diritti fondamentali. In questa prospettiva va letta l'equità come regola di relazione tra ordine giuridico sociale e legale".

³⁶ D. MORANA, *Le origini ed il significato dell'art. 23 cost.*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2018, 160.

Da ciò, la concezione del carattere impositivo della cura – pur essendo stata rifiutata dal Consiglio di Stato, a difesa della sfera inviolabile della persona nell'autodeterminazione – è considerata legittima purché “rispettosa della persona umana” e se espressamente prevista dal Legislatore a tutela della salute collettiva “quale situazione giuridica soggettiva ‘incipite’ (diritto fondamentale del singolo e, insieme, interesse collettività)”³⁷. “Il diritto, dunque, non è una mostruosa ed onnipotente volontà dello Stato, forte nel comando, forte nell'esecuzione autonoma ed incondizionata del comando”³⁸; bensì esso è, nella sua essenza, un rapporto bilaterale in cui l'interesse collettivo e individuale restano sullo stesso piano, in equilibrio di giustizia. In tale contesto, l'azione umana provvede da sé alla tutela dell'interesse che insieme è collettivo e squisitamente personale di ogni cittadino. I singoli cittadini, dunque, non agiscono per interesse personale e diretto ma, con *animus* sociale, a salvaguardia della collettività.

A questo punto, è indispensabile dissipare l'equivoco che intende la legge giuridica come volontà imperativa e coattiva del tutto sociale od in particolare dello Stato, per quanto “di imperatività si può e si deve in altro senso parlare, come richiamo a quella inderogabile ragion d'essere dell'azione, che è il suo esser in universale, il suo valore etico, nel rispetto del dovere di solidarietà”³⁹.

Al suddetto insegnamento, si riallaccia la tesi secondo cui – anziché ricondurre le caratteristiche “dell'azione amministrativa esclusivamente all'esercizio di un potere unilaterale ed imperativo (o autoritario, capace cioè di incidere anche negativamente, sulla sfera giuridica degli amministrati) – sarebbe più corretto sottolineare un'altra, e troppo spesso trascurata, caratteristica dell'azione amministrativa, legata alla dimensione del dovere: la P.A. agisce non soltanto perché ha il potere di erogare tale prestazione ma, anche, perché ha il dovere di agire per la cura e l'interesse pubblico”: e tale caratteristica può trovare fondamento proprio nell'art. 2 Cost.⁴⁰.

A ciò si aggiunga che la stessa giurisprudenza amministrativa, muovendo dall'interpretazione dell'art. 2 Cost., puntualizza: “il dovere di solidarietà deve esser riferito a tutti i soggetti che operano all'interno della Repubblica, siano essi soggetti privati o soggetti pubblici (...), i quali sono chiamati a prestare sostegno (...), nel senso di alleviare nei limiti del possibile, le situazioni di svantaggio, (...) di sofferenza nella quale possano trovarsi altri soggetti. Peraltro, il compito di rimuovere ostacoli che limitando di fatto l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana è ribadito dal comma 2 del successivo art. 3 della Costituzione”⁴¹. Il giudice

³⁷ Sul punto si rinvia a Con. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045: “(...) il *biopotere*, a tutela della salute pubblica quale interesse della collettività, e con esso le vaccinazioni obbligatorie fra i trattamenti sanitari imposti ai sensi dell'art. 32, comma secondo Cost., da una visione opposta, assolutizzante, unidirezionale e riduttivistica, altrettanto contraria alla Costituzione, del diritto alla salute come appannaggio esclusivo dell'individuo, insensibile al benessere della collettività e al già richiamato principio della solidarietà a tutela dei più fragili”. In tal senso, Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460. Per una considerazione più ampia dell'attività amministrativa autoritaria, in dottrina E. CASSETTA, in *Attività amministrativa* (voce) in *Dig. disc. Pubbl.*, Torino, 1987, 521-531, per l'A. la nozione di attività amministrativa non sarebbe necessariamente riconducibile alla scienza giuridica, limitandosi ad indicare, dal punto di vista etimologico, una “continuità di azione rivolta alla cura di affari o interessi pubblici e privati”; F. G. COCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2000, 89, il quale afferma che l'attività amministrativa è andata progressivamente perdendo il suo connotato tradizionale, correlato all'idea di funzione sovrana, di essere esercizio di poteri autoritativi. Essa, tuttavia, ha assunto la fisionomia di una attività diretta alla cura degli interessi pubblici. In tale sede ne deriva che, da un lato, può dirsi rispettato il principio di legalità nelle ipotesi in cui le norme prescrivano alla P.A. solo i risultati da conseguire e, dall'altro, l'affievolimento dell'importanza del principio di tipicità e di nominatività nel sistema giuridico. Residuano, però, il principio di necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa e il principio di articolazione procedimentale.

³⁸ A. MORO, *Lo Stato. Il diritto*, Bari, 2006, 273.

³⁹ A. MORO, *Lo Stato*, cit., 283.

⁴⁰ M. C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 183.

⁴¹ Cons. giust. amm. reg. sic., sez. giurisd., 25 luglio 2017, n. 343. In tema di dovere di solidarietà della P.A. si rinvia anche a: Corte cost. sent. 75 del 1992. Per una interessante ricostruzione in ordine ai doveri inderogabili, ex art. 2 Cost., delle P.A., si rinvia a M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e amministrazione*, cit., 557, secondo il quale: “i doveri inderogabili

amministrativo, quindi, ha ben inteso che le modalità attraverso le quali deve concretizzarsi la solidarietà sono di norma stabilite dalla legge; ma il principio in esame è un criterio guida per la P.A. nell'erogazione della propria prestazione.

Tale idea richiamerebbe il dovere di solidarietà nella sua duplice eccezione: doverosità c.d. "privata", che si sostanzia nell'obbligo di ciascun cittadino di sottoporsi a vaccinazione; doverosità c.d. "pubblica", ossia il dovere della P.A. di erogare la prestazione sanitaria a tutela dell'interesse pubblico e di corrispondere un indennizzo, ossia un compenso per il sacrificio patito dall'interesse privato per l'osservanza dell'obbligo imposto dallo Stato, a tutela del pubblico interesse.

La concezione della solidarietà quale modello alternativo alla tutela (piena) del diritto si prospetta, dunque, come "ago della bilancia" preposto a garantire quell'equilibrio tra interesse individuale e collettivo alla salute, compromesso ogniqualvolta l'individuo obbligato patisca un danno.

Così chiarito, per una esaustiva disamina dell'istituto occorre ulteriormente precisare che – durante lo svolgimento dell'attività autoritativa – l'Amministrazione agisce in conformità sia alle norme di diritto pubblico, sia a quelle generali dell'ordinamento civile, quali la buona fede, la correttezza e la lealtà. Di qui, si rammenta che se la prestazione sanitaria dovesse violare i principi *ex art. 1337 e 1375 c.c.* si riscontrerebbe, oltre ad una responsabilità da attività lecita, anche una responsabilità da comportamento illecito, in conformità alla legge c.d. "Gelli-Bianco"⁴².

In tal caso, il cittadino danneggiato potrebbe richiedere la corresponsione di un indennizzo, sì come previsto dalla legge, ed esercitare un'azione risarcitoria *ex art. 2043 c.c.*, provando, in tale ultima ipotesi, la propria buona fede soggettiva, ossia l'affidamento incolpevole su cui si fonda la scelta di sottoporsi al trattamento sanitario obbligatorio, la lesione di tale affidamento a seguito della condotta della P.A. contraria ai doveri di correttezza e di lealtà, la colpa e infine il danno – evento (inteso come lesione della libertà di autodeterminazione, ossia di non sottoporsi al trattamento sanitario obbligatorio a presidio della propria salute), il danno conseguenza, oltre ai relativi rapporti di casualità⁴³.

3.1. Segue: la responsabilità della P.A. da attività lecita per danno da vaccinazione raccomandata.

dell'amministrazione pubblica sono in rapporto di inerenza e coimplicazione con i diritti inviolabili della persona umana; i primi, pertanto, sono identificabili in corrispondenza dei secondi; - la nomopoiesi dei doveri amministrativi inderogabili si fonda sull'art. 2 Cost. in quanto fonte costituzionale che li genera direttamente e dinamicamente, facendoli scaturire dalla necessità di garantire e rendere effettivi i diritti inviolabili per evitare che questi ultimi restino *flatus vocis illusori*, declamabili teoricamente ma irrealizzabili praticamente; - l'inderogabilità dei doveri amministrativi si radica nell'imperativo costituzionale di preservare l'invulnerabilità dei diritti umani riferita quanto meno al loro "nucleo irriducibile".

⁴² Tar Roma, sez. II, 2019, n. 4561, *cit.*

⁴³Tar Napoli, sez. V, 7 aprile 2021, n. 2301; Tar Roma, sez. II, 8 aprile 2019, n. 4561, in *Foro amm.*, 4/2019, 708 ss.; *ex multis*: Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636. Occorre precisare che la domanda di indennizzo non osta alla proposizione di un'azione giudiziale al fine di ottenere l'integrale risarcimento dei danni subiti. In ordine al rapporto tra risarcimento del danno ed indennizzo per la giurisprudenza di merito, almeno a partire da Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it.*, 1/2008, 451, l'importo ricevuto come attribuzione indennitaria «può» essere integralmente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento dei danni in caso di esito positivo del giudizio risarcitorio promosso avverso il Ministero della Salute. Per ulteriori approfondimenti e senza ambizioni di esaustività, si cfr.: Cass. civ., 22 agosto 2018, n. 20909, in *Corr. giur.*, 2019, 1036, con nota di PUXEDDU; Cons. Stato, sez. III, 24 giugno 2020, n. 4028, in *Foro amm.*, 6/2020, 1186; Cass. civ., sez. VI, 1° luglio 2021, n. 18723 con nota di BRUSCO; Cass. civ., sez. VI, 31 marzo 2021, n. 8866, in *Giust. civ.*, 2021. In senso contrario, seppur con riferimento all'indennizzo corrisposto per i danni cagionati da emotrasfusione con sangue infetto, si v. a titolo meramente esemplificativo: Tribunale Roma, sez. II, 5 dicembre 2016, n. 22559; Tribunale Roma, sez. II, 11 aprile 2016, n. 7180.

Chiarito che la responsabilità per danni da vaccinazione obbligatoria è riconducibile alla responsabilità da attività lecita, non rimane che riflettere in ordine alla natura della responsabilità della P.A. in ipotesi di vaccinazione raccomandata; ciò, in quanto il comportamento volontario del cittadino – che si fa carico dei rischi della vaccinazione, pur non essendone legalmente obbligato – risponderebbe a un atteggiamento di corresponsabilità e di cooperazione civica che ben traduce, sul piano dell'azione individuale, il principio di solidarietà.

Una prima soluzione a tale quesito si potrebbe individuare nell'art. 7 della legge Gelli- Bianco, a mente del quale l'esercente la professione sanitaria è responsabile *ex art. 2043 c.c.*, a eccezione delle ipotesi in cui abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente⁴⁴. Senonché, anche tale tesi non convincerebbe per una duplice considerazione: anzitutto, l'eterogeneità tra le due differenti modalità di ristoro si colgono – oltreché dal regime di prescrizione (i.e. decennale per l'indennizzo, *ex art. 2946 c.c.*, e quinquennale per il risarcimento dei danni, *ex art. 2947 c.c.*) – anche in ordine agli aspetti strutturali della disciplina: precisamente, ove la responsabilità fosse riconducibile allo schema aquiliano, il danneggiato dovrebbe provare, oltre alla effettuazione del trattamento sanitario e ai danni patiti, il nesso causale tra condotta e danno e la colpa della P.A.⁴⁵. E tale *probatio diabolica* vanificherebbe la *ratio* sottesa al diritto all'indennizzo, ossia la “esigenza di solidarietà imposta alla collettività, quando il singolo subisce conseguenze negative per la propria integrità psico-fisica derivanti da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato)”⁴⁶.

⁴⁴ Per completezza sul punto occorre rammentare che l'ordinamento giuridico ha predisposto svariati ordini di rimedi quali l'azione risarcitoria da esperire nei confronti del professionista sanitario e/o della struttura, del Ministero della Salute, per omissione dei dovuti controlli, *ex art. 2043 c.c.*, qualora il medicinale si sia rivelato dannoso, e o del produttore del vaccino, se il vaccino presenti dei difetti e si riveli in ragione di ciò dannoso per la salute.

⁴⁵ L'onere di provare il nesso causale tra la condotta ed il danno spetta al danneggiato. L'accertamento del nesso causale c.d. materiale – distinto da quello giuridico, *ex art. 1223 ss. c.c.* – si effettua applicando regole statistiche e/o scientifiche. Diversamente dall'ambito penale, in cui vige il principio “dell'al di là di ogni ragionevole dubbio”, nella materia in esame si ricorre al criterio della ragionevole probabilità scientifica, il quale – come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità – non si sostanzia nella mera applicazione della regola quantitativa del 50% *plus unum*, imponendosi difatti una analisi specifica di tutte le risultanze probatorie del singolo caso concreto, si rinvia a: Cass. civ., sez. lav., 3 febbraio 2021, n. 2474, in *Resp. civ. prev.*, 4/2021, 4, 1166; Cass. civ., sez. lav., 11 settembre 2018, n. 22078: “(...) in tema di danni da vaccinazione obbligatoria, la sussistenza del nesso causale tra somministrazione vaccinale ed il verificarsi del danno alla salute deve essere valutata secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio “del più probabile che non”, da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa), ma riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica); Cass. civ., 25 ottobre 2018, n. 27101; Cass. civ., sez. VI, 24 ottobre 2017, n. 25119; Cass. civ., sez. VI, 23 ottobre 2017, n. 24959; Cass. civ., sez. VI, 18 marzo 2014, n. 6266; Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576; Cass. civ., sez. lav., 17 gennaio 2005, n. 753.

⁴⁶ [Corte cost., n. 268 del 2017](#). Altresì, parte della dottrina ricorre all'istituto c.d. “no fault”, invalso in letteratura con riferimento ai sistemi di compensazione, qual è l'indennizzo, alternativi al risarcimento del danno. La sostenibilità di un piano “no fault” – non basato sull'elemento psicologico della colpa - presuppone la sussistenza di molteplici fattori i quali individuano la loro giustificazione “in ragioni sociali e morali tali da far ritenere giusto, in una determinata comunità ed in un determinato contesto spaziale e temporale, la riallocazione di danni secondo regole che si discostano dalla ricerca di un ben definito responsabile”. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: G. Comandè – G. Turchetti (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio*, Padova, 2004; L. NOCCO, *Un no-fault plan come risposta alla «crisi» della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull'«alternativa francese» a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2012, 449. P. GUARDA, *Il passero (solitario) e la risarcibilità dei danni cagionati dalla fauna selvatica*, in *Nuov giur. civ. comm.*, 1/2009, 388. Quanto poi alla determinazione dell'indennizzo dovrà essere inferiore all'entità risarcibile secondo lo schema della responsabilità e predeterminato con riferimento a criteri standard. In senso contrario si richiama l'orientamento dottrinale che aderisce al modello della risarcibilità, poiché l'implementazione dei piani no fault determinerebbe sul lungo periodo un incremento degli incidenti e delle occasioni di danno oggetto della compensazione automatica, si rinvia a: M. J. TREBILCOCK, *Incentive Issues in the Design of No Fault Compensation Schemes*, in *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 39, No. 1 (Winter, 1989), 19-54.

Si aggiunga, poi, che affinché il fatto illecito possa essere fonte di responsabilità aquiliana è necessario la colpa del medico, fondata sulla non corretta esplicazione della prestazione, quanto meno in difetto di diligenza (vuoi per negligenza, in senso stretto, vuoi per imprudenza, vuoi per imperizia), che nella materia in esame non si riscontrerebbe stante la liceità della prestazione sanitaria⁴⁷. E ancora, mentre “il risarcimento dei danni presuppone un danno recato con colpa che nasce in seguito a disprezzo o ad oblio delle leggi, l’indennità è invece corrisposta a prescindere dalla colpa ma in conseguenza di atti leciti”⁴⁸. L’obbligato a corrispondere l’indennizzo, dunque, non paga perché è responsabile di un atto illecito ma in quanto esecutore di un atto conforme alla legge.

In altri termini, mentre nell’un caso si ha un atto *in jure* lesivo di un diritto subbiiettivo – che induce una responsabilità giuridica nel soggetto che lo ha compiuto, obbligandolo a risarcire il danneggiato – nel secondo caso si ha, invece, un atto *jure* che comporta un indennizzo in favore di colui a cui l’atto ha recato un sacrificio⁴⁹.

A rimarcare le eterogeneità tra gli istituti in esame, c’è la scelta del legislatore di ricorrere al termine “indennizzo”, differente dal “risarcimento del danno”. A tal proposito, per ragioni di economia testuale, si noti soltanto che, mentre la tutela risarcitoria riveste la funzione di compensare integralmente il danno subito (risarcimento in forma specifica e per equivalente, danno emergente e lucro cessante), l’indennizzo invece assicura una misura economica di sostegno aggiuntiva contenuta nel *quantum*. Difatti, se il risarcimento è strumento di reintegrazione completa della sfera giuridica violata, l’indennizzo costituisce un mezzo diretto ad un riequilibrio parziale, anche se non meramente simbolico, del pregiudizio subito. In questa ultima ipotesi, dunque, si potrà parlare di responsabilità e di risarcimento dei danni soltanto quando non si adempisse all’obbligo di indennizzo imposto dal Legislatore perché, in tal caso, mancando uno dei requisiti essenziali della legalità dell’atto, esso dovrebbe considerarsi come illecito e darebbe luogo, quindi, a responsabilità e perciò, precipuamente, all’obbligo di risarcire i danni.

In linea teorica, inoltre, l’applicazione delle regole civilistiche rinvierebbero ad una possibile responsabilità del Ministero, *ex art.* 2050 c.c.; ma anche tale tesi è stata ritenuta infondata: con la sentenza n. 9406 del 2011, difatti, la Suprema Corte di cassazione ha sottolineato che, in ipotesi di danno da vaccinazione, l’attività della P.A. volta all’esecuzione delle linee-guida – o della legge, in ipotesi di vaccinazione obbligatoria – non possa inserirsi tra le attività pericolose, *ex art.* 2050 c.c.; ciò in quanto il Ministero della salute non svolge in concreto attività imprenditoriale in relazione all’acquisto e distribuzione di prodotto immunizzato antipolio, ma soltanto di controllo e vigilanza a tutela della salute pubblica⁵⁰.

Se dunque si esclude l’operatività degli artt. 2043 e 2050 c.c. la riflessione prosegue in ordine alla possibile configurazione della responsabilità da attività lecita in assenza di un fondamento normativo.

Al riguardo, autorevole dottrina ha affermato: “la responsabilità per atto legittimo non si limiterebbe poi alle sole ipotesi espressamente contemplate” (dal legislatore) “ma di esse ritiene possibile l’estensione a casi non previsti laddove sussistano talune condizioni: un sacrificio speciale

⁴⁷ R. ALESSI, *L’illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 88.

⁴⁸ G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912, 122.

⁴⁹ In dottrina cfr. ad esempio R. Scognamiglio, *Indennità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968, 593 ss., l’A. definisce l’indennità come il corrispettivo da riconoscere a seguito del trasferimento forzoso di un diritto da un soggetto ad un altro ovvero a causa della privazione forzosa di un diritto. Secondo A. PUBUSA, invece, *Indennità ed indennizzo*, cit., 224, mentre il risarcimento deve essere corrisposto in presenza di un fatto antiggiuridico, il diritto all’indennizzo deve essere corrisposto proporzionalmente al valore del bene colpito.

⁵⁰ Corte appello Lecce, sez. I, 10 dicembre 2021, n. 1316; Trib. di Perugia, sez. I, 15 novembre 2019, n. 1766: “Non sussiste alcuna responsabilità da fatto illecito del Ministero nell’aver raccomandato alle strutture sanitarie locali e promosso la campagna vaccinale anti-influenzale, rientrando nell’ambito dei poteri attribuiti alle autorità sanitarie nazionali la comparazione tra rischi accettabili di campagne di prevenzione dirette alla tutela della salute collettiva ed effetti indesiderati di rara verificaazione”; Corte appello Catania, sez. I, 22 maggio 2017, n. 943.

e non generale per tutti i cittadini, un atto discrezionale dell'amministrazione e non una legge generale, un diritto e non un interesse (nel senso che l'indennità è dovuta quando l'interesse sarebbe un diritto in altre circostanze)"⁵¹.

Tale ultima tesi – applicata nella materia oggetto di studio – non sembrerebbe convincente poiché la somministrazione del vaccino raccomandato non è correlata a un'imposizione autoritativa da parte della P.A. quanto piuttosto al consenso prestato dal paziente.

Il protocollo vaccinale, quindi, non ha una valenza solo formale, ma richiede, comunque, una organizzazione del sistema di gestione del rischio basata sull'osservanza e sull'applicazione di regole tecniche capaci di infondere fiducia nel destinatario del trattamento sanitario.

Giunti sin qui, se si ritiene di dover escludere anche la configurazione della responsabilità da attività lecita per difetto di autoritatività, si potrebbe parlare di un obbligo speciale di indennizzo, il cui fondamento si rinviene nell'art. 1173 c.c., ossia in ogni atto o fatto idoneo a produrre un sacrificio in conformità all'ordinamento giuridico.

Come più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale, il cittadino che decida di sottoporsi a vaccinazione raccomandata manifesta la volontà di aderire al c.d. "patto di solidarietà". Nella concezione filosofico-politica, il c.d. "patto sociale" è sinonimo di contratto sociale, ossia di accordo intervenuto tra il medico e il singolo cittadino per tutelare l'interesse collettivo alla salute – da un lato – e lo stato di salute dell'individuo, dall'altro. Applicando estensivamente tale considerazione alla materia in esame, il contatto tra il medico e il paziente implica – antecedentemente alla sottoscrizione del consenso informato – l'obbligo per il sanitario di fornire le informazioni sui possibili effetti indesiderati del vaccino riportati nel c.d. "prontuario farmaceutico" e del farmaco somministrato, ai fini della legittimità del trattamento sanitario stesso nonché del possibile aggravamento delle condizioni di salute⁵².

Per tale motivo, la metodica sanitaria dovrebbe presupporre un'attenta anamnesi pre-vaccinale che sappia indagare le condizioni sanitarie presenti e passate del paziente, soprattutto in riferimento a eventuali *deficit* immunitari, terapie immunosoppressive, anafilassi e reazioni avverse a vaccinazioni, sì come previsto dalle linee guida diffuse dall'Istituto Superiore di Sanità (o "ISS").

In particolare, le precitate linee-guida, finalizzate a fornire un supporto tecnico al personale sanitario, garantiscono una corretta valutazione delle eventuali controindicazioni o precauzioni alla somministrazione del vaccino, al fine di una sottoposizione consapevole al medesimo. Il consenso informato, quindi, assolve a una essenziale funzione di sintesi tra l'autodeterminazione e il diritto alla salute: rappresenta – secondo la giurisprudenza costituzionale e amministrativa – "la dimensione fisiologica e privilegiata, l'orizzonte normale e consueto entro il quale dovrebbe iscriversi qualsiasi campagna vaccinale", al fine di condurre a un atteggiamento consapevole e responsabile, di adesione volontaria a beneficio di tutti e di ciascuno⁵³.

⁵¹ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit.

⁵² G. Gennari, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. e prev.*, 9/2006, 1417; S. ROSSI, *Consenso informato*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ., Agg. VII*, Torino, 2012, 188; P. LAGHEZZA, *Sfumature ed evanescenze del consenso informato: ovvero di come si ragguaglia il paziente e si dimostra la sua libertà di scelta*, in *Foro it.*, 1/2020, 156 ss.; L. ALBANESE, *La responsabilità sanitaria tra acquisizione del consenso informato e rispetto delle Linee guida e delle buone pratiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 5/2021, 1668; A. AMIDEI, *Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, in *Giur. it.*, 2/2021, 456 ss.

⁵³ Frequentemente, infatti, l'incremento della percentuale di adesione volontaria alla vaccinazione è indice sintomatico di una decisione ponderata e responsabile che il cittadino assume in virtù della libertà di autodeterminazione sulla base del consenso informato. Sul punto – seppur con riferimento alla situazione emergenziale Covid -19 – il Cons. Stato con sent. del 20 ottobre del 2021, n. 7045: "L'elevatissima adesione volontaria alle vaccinazioni in Italia, al di là delle motivazioni dei singoli, lascia intravedere che tra i cittadini questo esercizio ponderato e responsabile della loro autonomia decisionale sulla base del consenso informato, mediante lo strumento della persuasione nelle sue più varie forme, non ha costituito un obiettivo irraggiungibile, ma tangibile, e nondimeno rispetto alle vaccinazioni contro la diffusione del Sars-CoV-2, come per le altre vaccinazioni nel più recente passato, si è registrato quel fenomeno tipico delle contemporanee *sociétés de la défiance*, le società del sospetto, in cui i cittadini sembrerebbero o si sentirebbero "condannati", come taluno ha detto, a "fidarsi della scienza".

Nel consenso informato confluisce quindi il c.d. “patto di solidarietà tra le parti”, in virtù del quale il medico agisce a tutela della salute collettiva, per il perseguimento di un interesse generale – qual è, ad esempio, la c.d. “immunizzazione di gregge” – e assume l’obbligo c.d. “di protezione del paziente”; mentre il vaccinato contribuisce alla realizzazione della tutela dell’interesse collettivo⁵⁴.

In senso contrario, autorevole dottrina civilistica afferma invece che il consenso informato non crei un vincolo, in quanto “atto di volontà che rimane caratterizzato dalla sua unilateralità e che dunque non va mai a coniugarsi con un’altra volontà in accordo”⁵⁵. Secondo Castronovo, quindi, il consenso informato sarebbe una mera autorizzazione necessaria affinché il medico possa svolgere la propria prestazione in favore del paziente: non darebbe vita ad alcun vincolo tra le parti ma si limiterebbe “a neutralizzare un impedimento all’azione di terzi sul proprio corpo”; si tratterebbe – in altri termini – del classico “consenso dell’avente diritto, che deterge l’antigiuridicità di una condotta, ma che lascia a colui che l’ha dato la titolarità del diritto”⁵⁶.

A escludere la fondatezza della tesi non sarebbe idonea la argomentazione di Carnelutti, secondo cui il paziente sarebbe tenuto a una *patientia*, a un puro soggiacere all’iniziativa altrui, a ciò che altri decida di fare del suo corpo⁵⁷: secondo Castronovo, difatti, non “è certo questo il senso che l’opinione generale è disposta ad assegnare al c.d. consenso. Meno ancora sarebbe pensabile un vincolo di diritto pubblico, il quale da un lato non può nascere da un atto privato di volontà, dall’altro confliggerebbe con la libertà personale, la quale può essere limitata soltanto nei termini dell’art. 13 cost., ove non sia il caso di trattamenti sanitari obbligatori per i quali però allora, a tenore dell’art. 32 cost., è necessaria la previsione legislativa”⁵⁸.

A parere di chi scrive, inoltre, tale idea si conformerebbe alle recenti pronunce dei Giudici costituzionali e di legittimità, secondo le quali la manifestazione del consenso del paziente alla

⁵⁴ [Corte cost. sent. n. 169 del 2017](#): “(...) l’immunità di gregge richiede una copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute non possono sottoporsi al trattamento preventivo”. Sul punto si richiama la tesi enucleata in dottrina, secondo cui “(...) la necessità di personalizzare le cure mediche, anche e soprattutto attraverso il coinvolgimento del paziente, lungo un processo che trasforma il contenuto e l’essenza stessa della relazione di cura: il malato non è più concepito come “l’oggetto” della prestazione sanitaria, destinatario delle cure mediche apprestate. Pur nella problematicità del rapporto, che sconta l’oggettiva difficoltà di una piena equiparazione tra il professionista e il soggetto che necessita della prestazione di cura, affiora il tentativo di restituire soggettività al malato, proprio attraverso la regola del consenso informato, la cui funzione si palesa nell’esigenza di assicurare il pieno coinvolgimento del paziente. Il malato diviene “soggetto” della relazione di cura ed esprime, per mezzo del consenso informato, la propria autodeterminazione ricevere (o non ricevere) le cure proposte, rafforzandosi in tal modo la dimensione relazionale tra medico e paziente”, cfr. M. C. CAVALLARO, *Autodeterminazione del paziente, obiezione di coscienza e obblighi di servizio pubblico: brevi considerazioni sulla struttura del diritto alla salute*, in *Persona e amministrazione*, 1/2020, 202-203; M. D’ARIENZO, *Scelte di fine vita, tutela della dignità del disabile e diritto all’autodeterminazione dell’esercente la professione sanitaria: considerazioni a margine della legge n. 219/2017 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in [federalismi.it](#), 20/2020; A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?* in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 457 ss., secondo cui: “L’atto del consenso informato (...)” va preservato dalla possibilità di essere strumentalizzato a un’operazione di “decostruzione”, un’operazione cioè rivolta a soggettivare ogni valore costituzionale”. In dottrina sulla distinzione tra obbligo di prestazione e di protezione, si rinvia a: C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 1998, 181: gli obblighi di protezione “sono considerati autonomi rispetto all’obbligo di prestazione, oltre che sul piano della struttura su quello della fonte: nascono dalla legge, anche quando fonte dell’obbligazione (più correttamente, dell’obbligo di prestazione) sia il contratto”. Il problema che si pone l’autore riguarda “invece l’ipotizzabilità di obblighi di protezione ab origine avulsi da un obbligo di prestazione e ciononostante in grado di dar vita, in caso di danno, a responsabilità contrattuale come conseguenza tipica della violazione di obblighi”; Id. *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995, 1, 147 ss., 191 ss.; Id., *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, par.4.2.

⁵⁵ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 4/2010, 1046.

⁵⁶ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione*, cit., 1047.

⁵⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1915, 146 e vedi la critica di L. MENGONI, *L’oggetto dell’obbligazione*, in *Jus*, 1952, 160.

⁵⁸ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione*, cit., 1046.

prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione in ordine al trattamento medico propostogli che, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.⁵⁹; da tale fondamento costituzionale si coglie “la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha altresì il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole autodeterminazione”⁶⁰.

Le considerazioni sin qui condotte e il più volte richiamato dovere di solidarietà, ex art. 2 Cost., ci consentono di affermare che il medico agisce a presidio: sia nell'interesse del privato – quale protezione della sua integrità psico-fisica – sia a tutela dell'interesse della collettività; della costituzionalizzazione dei diritti sociali; del rapporto tra Stato e cittadino, indirizzato a garantire il diritto al libero sviluppo della sua personalità nell'organizzazione sociale di cui è parte; dell'idea di Stato sociale, quale Stato comunità-Stato organizzazione, equilibratore degli squilibri sociali.

Anche in tema di vaccinazione raccomandata, dunque, la P.A. è preposta alla tutela del diritto inviolabile della persona umana, in virtù del rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e diritti umani inviolabili, secondo il modello “dei diritti-ragioni della persona umana che generano, in capo alla P.A., ondate di doveri”, preposti all'effettività dell'esercizio e del godimento dei diritti⁶¹.

⁵⁹ Come osserva E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 2011, 5, il consenso informato è stato collocato tra i principi costituzionali. Per ulteriori approfondimenti sul tema: P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009; G. MARINI, *Il consenso*, in *Ambito e fonti del biodiritto* (a cura di) S. Rodotà, M. Tallacchini (*Trattato di biodiritto diretto da S. Rodotà, P. Zatti*), Milano, 2010, 361 ss.; A. ANDRONIO, *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella Cedu e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. mer.*, 2/2011, 300 ss.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina* (a cura di) L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (*Trattato di biodiritto diretto da S. Rodotà, P. Zatti*), Milano, 2011, 191 ss.; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1/2012, 3 ss.; V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2015, 225 ss.

⁶⁰ Sul punto è interessante la distinzione elaborata nel corso degli anni dalla giurisprudenza tra consenso informato e trattamento terapeutico, cfr. [Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438](#) e Cass. civ., sez. III, 6 giugno 2014, n. 12830. Trattasi difatti di due istituti distinti: il consenso informato attiene al diritto fondamentale della persona di aderire al trattamento sanitario proposto dal medico e quindi alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente, poiché nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge; il trattamento medico terapeutico, invece, riguarda la tutela del diritto fondamentale alla salute, art. 32, comma 1, Cost. Tale distinzione si riverbera, poi, secondo i criteri forniti dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nn. 26972 e 26974 del 2008 sul piano dei danni risarcibili che possono essere di duplice natura: quelli conseguenti alla lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente; quelli relativi alla lesione del diritto all'integrità psico-fisica del paziente, ex art. 32 Cost. Precisamente, mentre la risarcibilità dei primi può essere riconosciuta, “anche se non sussista lesione della salute (cfr. Cass. n. 2468 del 2019) o se la lesione della salute non sia casualmente collegabile alla lesione di quel diritto (perché l'intervento o la terapia sono stati scelti ed eseguiti correttamente), sempre che siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (...) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé stesso considerato (...). Invece, la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato, con l'ulteriore precisazione che il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente: a) perché la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allega l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; b) perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; c) perché si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicché anche i criteri di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della “vicinanza” al fatto da provare induce alla medesima conclusione (...).”

⁶¹M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, cit. Inoltre, l'A. afferma: “I doveri inderogabili sono fondamentali per quelle prestazioni dello Stato che risultano indispensabili perché i cittadini possano esercitare i propri diritti fondamentali (...) in questo, i doveri sono

4. Conclusioni.

Le riflessioni condotte nel presente lavoro ci consentono di cogliere come dalla centralità della persona e dalla caratterizzazione in senso sociale del moderno Stato di diritto sembrano discendere alcune conseguenze di particolare rilievo in relazione allo svolgimento dell'attività amministrativa, le quali proiettano una differente natura della responsabilità da attività lecita.

In particolare, nel concentrare l'attenzione sulle ipotesi qui prese in considerazione, in caso di vaccinazione obbligatoria, la responsabilità in esame radicherebbe il proprio fondamento nella disposizione normativa che se, da un lato, legittima l'esercizio della potestà autoritativa della P.a., dall'altro, invece, riconosce un diritto d'indennizzo al vaccinato danneggiato, proprio nel rispetto dell'art. 2 Cost. e della funzione di giustizia distributiva-equitativa assolta da tale istituto.

In ipotesi di vaccinazione raccomandata, invece, la disciplina del consenso informato – inteso come patto di solidarietà – cristallizza l'affidamento che ciascuna parte ripone nella buona fede, nella correttezza dell'altra, con contestuale configurazione di una responsabilità da contatto sociale, *ex art. 1173 c.c.*⁶². Si tratta quindi di una obbligazione senza prestazione ai confini "tra contratto e torto", in cui l'assenza del negozio giuridico non neutralizza la professionalità del medico che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti del cittadino⁶³.

In tale rapporto, quindi, il *vinculum iuris* si conforma su un dovere di protezione dovuto dal medico in virtù della sua professionalità, sulla quale il paziente ripone un affidamento nell'esatta esecuzione del trattamento sanitario. Da ciò, il dovere di perizia alla quale è tenuto il medico *ex art. 1176, comma 2, c.c.* si applica non solo quando il soggetto sia debitore di un obbligo di prestazione, ma ogniqualvolta sia tenuto a esercitare un'attività *ab origine* connotata da professionalità.

Ne consegue che la violazione di tale vincolo si configura come *culpa in non faciendo*, originando una responsabilità contrattuale. In tal senso, la giurisprudenza di merito ha affermato che le obbligazioni possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui tali soggetti entrati in

non semplici limiti dei diritti, ma anche contributi subordinati alla loro garanzia effettiva. Si pongono in un rapporto asimmetrico rispetto ai diritti fondamentali perché la stessa interpretazione funzionale risulta incompatibile con lo spirito dei diritti sembra invece doverosa e l'unica compatibile con lo spirito dei doveri. Nulla esclude peraltro che i singoli doveri siano poi legati a singoli diritti fondamentali, per lo più sociali e culturali, come ad es. quello dei trattamenti sanitari di prevenzione al diritto alla salute".

⁶² E. CASSETTA, *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 1, il quale nell'analizzare il rapporto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della P.A. in ipotesi di inadempimento del rapporto obbligatorio sorto tra cittadino e P.A. afferma che: nel nostro ordinamento gli obblighi di protezione anziché formare oggetto di un autonomo obbligo, vengono invece visti sotto il riflesso della tutela dei diritti assoluti di cui all'art. 2043 c.c., ma ingiustificatamente, perché essi non solo non costituiscono, nel caso, la situazione soggettiva di vincolo corrispondente a quella di un altrui diritto soggettivo assoluto (l'obbligo del *neminem laedere*), bensì, con ogni verosomiglianza, non godono di alcuna autonomia. Comunque, autonomi o no, quegli obblighi sono obblighi contrattuali, ed *ex contractu* deve rispondere chi li viola.

⁶³ Sul punto, C. CASTRONONO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2011, 59, l'A. afferma: "(...) se si condivide l'idea che nei confronti del paziente l'obbligazione nasce dal contatto sociale qualificato dallo *status* professionale del medico; e che da tali due elementi sorge un affidamento, reso rilevante dalla buona fede quale fonte di obblighi, allora siamo in pieno nel modello che già era noto come proprio del rapporto precontrattuale, il quale è certamente privo di obbligo di prestazione". Pertanto, "se tale modello vale a fondare la *culpa in contrahendo* quale fonte di responsabilità nei confronti del contraente danneggiato dalla condotta contraria a buona fede dell'altra parte, per altro verso, (...) l'annidarsi dell'interesse di protezione del paziente nella situazione caratterizzata dalla prestazione dovuta dal medico nei confronti del proprio datore di lavoro non è in grado di trasformare il paziente a sua volta in creditore nei confronti del medico, l'obbligazione senza prestazione rimane l'unica soluzione plausibile al problema della responsabilità del medico. In senso contrario, si veda A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 4/1999, 441 ss., il quale afferma che si può ricorrere allo schema dell'obbligazione senza prestazione solo quando non vi sia una prestazione, come nel caso della responsabilità precontrattuale; ma quando la prestazione vi è, come nel caso del medico, parlare di obbligazione senza prestazione è contraddittorio. In ordine al rapporto tra medico e paziente, dunque, secondo l'A. "(...) in principio (...) v'è dunque la prestazione cui segue come effetto necessario l'obbligazione".

contatto e - seppur in assenza di ipotesi negoziali - a esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire la tutela degli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*. Tale idea sembrerebbe ravvisarsi anche nella sentenza 1° ottobre 1994, n. 7989 della Suprema Corte di cassazione, secondo cui la responsabilità extracontrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata dall'attore non legato da alcun rapporto giuridico con l'autore del danno ingiusto.

A rafforzare la tesi sin qui sostenuta, è anche l'assenza della qualificazione della colpa, come elemento di imputabilità della responsabilità, indispensabile ai fini di un riconoscimento pieno ed effettivo del diritto all'indennizzo: diversamente da quanto accade nella responsabilità *ex art. 2043 c.c.* difatti, in cui grava sul soggetto danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, nella responsabilità in esame la colpa non funge da criterio di imputazione del fatto; il risultato difforme da quello dovuto – nel caso di specie, il danno patito dal vaccinato – è perciò esso stesso fonte di responsabilità per il danneggiante senza la necessità di un criterio di imputazione, superfluo stante l'esplicito riconoscimento del diritto all'indennizzo

Questo esito ricostruttivo – a cui si è pervenuti attraverso: il dovere di solidarietà, quale criterio generale di bilanciamento tra interesse generale e individuale; la teoria delle obbligazioni; il principio secondo cui “quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio”, *ex art. 1337 c.c.*⁶⁴ - disegna un modello della responsabilità da attività lecita orienta(to) decisamente verso più complessi obiettivi di ingegneria sociale, che investe interamente la posizione dei soggetti in quanto membri della medesima comunità, *ex art. 2 Cost.*

In conclusione, nella materia indagata la responsabilità da attività lecita – sia essa derivante da una vaccinazione obbligatoria, sia da vaccinazione raccomandata, *ex art. 1173 c.c. e art. 1337 c.c.* – non si considera “sanzionatoria” o “punitiva” ma “riparatoria” o “rimediale”, in virtù del principio di solidarietà, della centralità della persona umana e della contestuale preminenza dell'interesse pubblico da tutelare. La sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

L'obiettivo perseguito nel presente lavoro – dunque - è essenzialmente quello di individuare modelli alternativi agli schemi classici di responsabilità civile, ossia forme di tutela che - discostandosi dal risarcimento ordinario, costruito sulla responsabilità extracontrattuale, *ex art. 2043 c.c.* - possano garantire un ristoro al cittadino danneggiato – inferiore al quantum corrisposto a titolo di risarcimento del danno – con oneri probatori e requisiti assai meno stringenti rispetto a quelli richiesti nella responsabilità per colpa.

⁶⁴ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 9-10/1956, 364.