

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXI – Nuova serie
N.2/2022 (maggio-agosto)

INDICE

SAGGI

FRANCESCO MANGANARO

La perequazione territoriale nel PNRR alla luce della questione meridionale 387

ANTONIO RUGGERI

I diritti fondamentali, fra riconoscimento normativo ed effettività della tutela 405

GIUSEPPE TROPEA

Norme tecniche e soft law 425

EDOARDO GIARDINO

Perplexità decisionale e intellegibilità del potere 449

CHIARA GIOÈ

Sulla nuova conciliazione del giudice tributario 485

RENATA PEPE	<i>La funzione epistemica del procedimento e la garanzia di correttezza delle decisioni amministrative</i>	499
GIULIA TORTA	<i>L'interesse pubblico tra politica e amministrazione: il caso dell'obbligo vaccinale durante la pandemia</i>	529
NICOLA BRIGNOLI	<i>Il problema dei problemi: emergenza e ordinamento giuridico. Spunti sui risvolti ordinamentali dell'emergenza pandemica da Covid-19</i>	549
ALESSANDRO FRICANO	<i>La flessibilità degli esecutivi tra tecnica e politica: «Sentinella, quanto resta della notte?»</i>	583

LA DOTTRINA DIALOGA CON LA GIURISPRUDENZA

FRANCESCO ZAMMARTINO	<i>Ancora una fumata nera sulla legittimazione attiva del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione. (Noterelle a margine dell'ordinanza n. 15 del 2022 della Corte costituzionale)</i>	607
FEDERICO FRANCESCO GUZZI	<i>Effettività della tutela e termini per il ricorso giurisdizionale</i>	621
LAURA MACCARRONE	<i>Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni intorno alla città metropolitana anche alla luce della sentenza n. 240/2021 della Corte costituzionale</i>	643
RICCARDO D'ERCOLE	<i>Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico ai tempi del Covid-19: orientamenti contrapposti</i>	665

L'ANGOLO DELLE LIBERTÀ

PIER LUIGI PORTALURI	<i>Lichtung und lichtmenschen. Il diritto del selvaggio totalmente altro</i>	693
----------------------	------------------------------------------------------------------------------	-----

ANNA SIMONATI

La 'cittadinanza di genere': le nuove frontiere dell'uguaglianza fra uomini e donne

703

RECENSIONI

Laura LORELLO

Recensione del volume Lidia e altre. Pari opportunità ieri e oggi: l'eredità di Lidia Poët, di Chiara Viale, Milano 2022

717

Saggi

L'interesse pubblico tra politica e amministrazione: il caso dell'obbligo vaccinale durante la pandemia

di Giulia Torta

SOMMARIO: 1. Premessa: la rapida evoluzione normativa dell'obbligo vaccinale – 2. L'ethos pubblico ed il *rule of law* – 3. Il ruolo dei giudici amministrativi – 3.1. La sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato – 3.2. L'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – 4. Conclusione

1. *Premessa: la rapida evoluzione normativa dell'obbligo vaccinale*

La pandemia da coronavirus (COVID-19), causata dall'infezione globale da virus SARS-CoV-2, ha determinato una situazione storica senza precedenti dal punto di vista sociale, economico e giuridico; ancora oggi, dopo più di due anni, non è chiaro quando (e se) questa parentesi dolorosa si chiuderà definitivamente. Una caratteristica della pandemia, peraltro, è stata quella di travolgere tutti gli ambiti della vita sociale ed economica del Paese con una forza dirompente. Oltre all'impennata dei decessi, che soprattutto nelle prime due ondate hanno toccato numeri davvero tragici, ed alla paura che si è diffusa nella popolazione, anche l'economia e la sfera privata dei singoli cittadini sono state segnate duramente dagli eventi connessi all'aumento dei contagi e dall'aggravarsi delle misure predisposte per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Sotto il profilo giuridico e politico, poi, questa pandemia ha determinato una situazione di *stress* per le istituzioni pubbliche chiamate a gestire rapidamente eventi in continua evoluzione. Nel tentativo di trovare la strategia migliore per tutelare la sicurezza dei cittadini e la salute pubblica salvaguardando, contestualmente, anche il tessuto produttivo del Paese, è stato ampio il ricorso allo strumento giuridico del decreto-legge, appunto concepito come fonte utilizzabile per rispondere celermente a situazioni straordinarie. Ciò ha determinato un sostanziale depotenziamento del ruolo del Parlamento rispetto a quello del governo chiamato a fronteggiare celermente la situazione emergenziale¹.

¹ Una parte della dottrina ha sollevato in proposito non pochi dubbi sulla compatibilità dell'ampio ricorso dell'Esecutivo allo strumento del DPCM per imporre misure restrittive delle libertà dei cittadini con il sistema delle riserve di legge. Si veda, per un approfondimento sulla questione, M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in www.federalismi.it, osservatorio emergenza covid-19, 1, 2020, 1 ss.; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in www.costituzionalismo.it, 1, 2020, I ss.; G. TROPEA, *Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in www.federalismi.it, osservatorio emergenza covid-19, 18 marzo 2020, 2 ss.; P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Diritto dell'economia*, 1, 2020, 125 ss.; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema*

In questo contesto, i vaccini hanno rappresentato uno strumento chiave per contrastare la pandemia poiché, grazie a questi, è stato possibile rallentare la curva di crescita dei contagi, fornire maggiore protezione alle categorie più esposte al rischio di contagio e di ospedalizzazione e contenere il numero dei ricoveri e dei decessi totali.

La campagna vaccinale nazionale ha avuto inizio il 27 dicembre 2020 e prevede la somministrazione gratuita delle dosi di vaccino a tutta la popolazione (secondo un ordine di priorità, che tiene conto del rischio di malattia, dei tipi di vaccino e della loro disponibilità) al fine di raggiungere un'elevata copertura vaccinale attraverso il completamento dei cicli raccomandati per poter ridurre la circolazione del virus e lo sviluppo di varianti e prevenire l'insorgenza di patologie gravi ed i decessi.

Dopo una prima fase in cui la vaccinazione è stata solo su base volontaria, il decreto legge 1° aprile 2021 n. 44, successivamente convertito con alcune modificazioni dalla legge 28 maggio 2021 n. 76, ha disposto l'introduzione nell'ordinamento italiano dell'obbligo vaccinale come strumento di contrasto alla diffusione della pandemia da COVID-19 al fine "di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza".

Questa previsione iniziale limitava l'obbligo di effettuazione del ciclo primario di vaccinazione (doppia dose o dose unica) ad alcune categorie di lavoratori (gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali), che, in ragione della tipologia di attività svolta, si riteneva fossero maggiormente esposti al rischio del contagio e, conseguentemente, anche alla possibilità di esserne veicolo. Inoltre, il d. l. 1° aprile 2021 n. 44 prevedeva che, in caso di rifiuto alla vaccinazione, e dunque di accertata violazione dell'obbligo vaccinale, il soggetto privato venisse sanzionato con la sospensione dallo svolgimento di prestazioni o mansioni che implicassero contatti interpersonali o determinassero, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio. In alternativa alla sospensione la disciplina prevedeva la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni anche inferiori o diverse, ma non tali da implicare rischi di diffusione del contagio, adeguando il trattamento economico alle nuove mansioni esercitate. Laddove fosse stato impossibile ricorrere persino a questa soluzione, si determinava una

costituzionale italiano, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3, 2020, 513 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1, 2021, 384 ss.; E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2, 2021, 2 ss.; A. RUGGERI, *Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell'emergenza (prime notazioni)*, in *Nuove autonomie*, 1, 2021, 113 ss.; M. Mandato, *Sulla titolarità delle competenze in materia di emergenza sanitaria. A proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021*, in *Nuove autonomie*, 2, 2021, 530 ss.

sospensione del lavoratore senza retribuzione e senza la possibilità di percepire altro compenso o emolumento, comunque denominato.

La finestra temporale di operatività di tale obbligo era stata inizialmente individuata, in modo elastico, con un rimando alla data di completa attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, sebbene la data di cessazione dello stato di emergenza sanitaria, ovvero il 31 dicembre 2021, fungesse comunque da termine massimo.

In considerazione dell'avvento di nuove varianti del virus iniziale e della recrudescenza della pandemia, nonché della necessità di assicurare l'ordine pubblico e la tutela dei minori nell'ambito del contesto scolastico, poi, il decreto legge 26 novembre 2021 n. 172 (convertito con modificazioni nella legge 21 gennaio 2022, n. 3), ha inserito nel testo originale della l. n. 76/2021 l'art. 4 *ter*. Così facendo, sono stati estesi sia l'ambito oggettivo dell'obbligo, includendo anche la dose di richiamo successiva al ciclo primario (c.d. dose booster), sia l'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo, includendo il personale scolastico, il personale del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, il personale delle polizie locali, tutto il personale, a qualsiasi titolo, chiamato a svolgere attività lavorativa nelle strutture sanitarie e socio-sanitarie, e il personale alle dirette dipendenze dell'amministrazione penitenziaria o del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità.

Inoltre, l'art. 1, comma 1, lettera b), di tale decreto, da un lato, ha attribuito agli Ordini professionali la competenza ad esercitare il potere di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, qualificando la natura dell'atto come dichiarativa e non disciplinare, dall'altro, ha espunto dal testo legislativo, per quanto riguarda la sospensione dall'esercizio della professione, il riferimento al divieto di svolgere esclusivamente quelle prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SAR-CoV-2. La conseguenza diretta di questa ultima previsione è stata, dunque, quella di precludere, agli esercenti attività professionali in area sanitaria che richiedono l'iscrizione in un apposito ordine o collegio, i quali non sono vaccinati, l'esercizio di qualsiasi prestazione riconducibile alle professioni per le quali è richiesta l'iscrizione nell'albo professionale.

Da ultimo, poi, il decreto legge 7 gennaio 2022 n. 1 (coordinato con la legge di conversione 4 marzo 2022, n. 18) ha inserito, nella l. n. 76/2021, anche gli artt. 4 *quater* e 4 *quinquies*, ampliando ulteriormente la platea dei destinatari dell'obbligo vaccinale fino ad estenderla ad altri comparti lavorativi (includendo così il personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti superiori), e, in modo trasversale, a tutti i *“cittadini italiani e di altri Stati membri dell'Unione europea residenti nel territorio dello Stato, nonché agli stranieri di cui agli articoli 34 e 35 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina*

dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286", indipendentemente dalla tipologia di attività lavorativa prestata, sulla base di un requisito anagrafico: essere già ultracinquantenni o superare questa età entro il 15 giugno 2022.

La progressione che ha caratterizzato l'introduzione dell'obbligo vaccinale è stata legata, per un verso, all'esigenza di tutelare determinati settori considerati prioritari per il Paese (come la sanità e la scuola) e determinati soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili in ragione della loro fascia d'età (come gli ultracinquantenni) e, per altro verso, alla necessità di vincere la resistenza del gruppo di cittadini che hanno aderito alle teorie *no-vax* seguendo ricostruzioni anti-scientifiche, variamente complottiste, o semplicemente non supportate da corrette ricostruzioni dei fatti.

Tale progressione, peraltro, è stata supportata, in parallelo, anche dalla graduale estensione della portata del c.d. *Green pass* rafforzato, cioè di un certificato conseguibile solo a seguito del completamento dell'intero ciclo vaccinale (somministrazione delle due dosi del ciclo primario e del *booster*), divenuto abilitante per l'accesso a determinati luoghi pubblici o luoghi aggregativi come cinema, teatri e università.²

2. *L'ethos pubblico ed il rule of law*

La disciplina attualmente in vigore è stata oggetto di critiche e di non pochi ricorsi giurisdizionali, alcuni dei quali sono poi sfociati in ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale per la verifica della compatibilità con il dettato costituzionale.³

Il debole presupposto dal quale paiono muovere le considerazioni dei giudici che, avallando l'impianto ricostruttivo dei vari ricorrenti, propongono questione di legittimità costituzionale della normativa introduttiva dell'obbligo vaccinale, pare essere rappresentato dall'asserita violazione della dignità umana dei soggetti obbligati. Una tale impostazione interpretativa, però, si fonda su una fallacia argomentativa che presuppone una contrapposizione, e quasi una inconciliabilità, tra l'interesse pubblico (alla tutela della salute della collettività) e la dignità umana.

In realtà, tuttavia, conformemente a quanto previsto dall'ideale del *rule of*

² Cfr. A. MANZIONE, *I giudici e la pandemia*, in www.federalismi.it, 12 gennaio 2022.

³ Cfr. Ordinanza del 14 marzo 2022 del Tribunale di Catania, Sezione Lavoro, e Ordinanza del 23 marzo 2022 del Tribunale di Brescia, Sezione Lavoro, che sollevano questione di costituzionalità in proposito e, interinalmente, riconoscono un assegno alimentare ai ricorrenti (nel primo caso esercenti professioni sanitarie e nel secondo caso docenti scolastici).

*law*⁴, l'interesse pubblico è concepito proprio per garantire la dignità umana. La ricostruzione del *rule of law* in termini verticali bidirezionali ed orizzontali⁵, infatti, risponde al disegno di un'interazione equa, di un *ethos* pubblico caratterizzato dal coordinamento tra soggetti liberi ed eguali, e promuove sia il rispetto della dignità umana di ciascuno, sia il legame che deve intercorrere tra i membri di una comunità che, proprio in ragione di questa appartenenza, sono connessi l'uno all'altro da relazioni di responsabilità reciproca.⁶

L'ideale del *rule of law*, perciò, risulta inestricabilmente connesso al concetto di dignità umana ed al principio di solidarietà, combinando questi fattori nell'individuazione degli obiettivi dell'azione della pubblica amministrazione cui sono affidati la tutela ed il perseguimento degli interessi della collettività. Nello specifico, tra i vari obiettivi che l'azione della pubblica amministrazione mira a perseguire rientra, senz'altro, quello di tutelare la salute della collettività, che è qualificabile come interesse pubblico primario.

Oltre all'azione pubblica, la tutela della salute collettiva richiama alla responsabilità sociale tutti i membri della comunità, facendo leva sul dovere morale e civico di ciascuno di contribuire al benessere della società, di cui è parte, secondo le sue capacità e le sue possibilità⁷. Se, infatti, nel peculiare contesto dell'emergenza

⁴ In proposito, pur mancando una definizione universale di *rule of law*, sono stati numerosissimi, negli anni, i tentativi definitivi e gli studi che hanno approfondito questo concetto e il dibattito contemporaneo ne riconosce diffusamente la centralità come ideale giuridico per eccellenza che, più di ogni altro, incarna il concetto di diritto. Per una ricostruzione generale della complessità del panorama dottrinario in tema si rinvia a J. WALDRON, *The rule of law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a cura di E. N. Zalta, Stanford, 2020; P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, in *Public law*, 3, 1997, 467 ss.; F. VIOLA, *Il rule of law come idea di società*, in *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. Acocella, Torino, 2020, 25 ss. Per un approfondimento sul concetto del *rule of law* nel diritto amministrativo si rinvia a G. NAPOLITANO, *The rule of law*, in *The Oxford Handbook of comparative administrative law*, a cura di P. Cane, H. C.H. Hofmann, E. C. IP, P. L. Lindseth, Oxford, 2021, 421 ss. Per un inquadramento teorico che permetta di comprendere il ruolo chiave del *rule of law* quale garanzia per i cittadini si rinvia a J. M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, (ed. ita. a cura di F. Viola), Torino, 1996.

⁵ I. TRUJILLO, *The legal balance between liberty and equality*, in *Annals. Belgrade Law Review*, 3, 2021, 675 ss.

⁶ I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2022, 87 ss.

⁷ I doveri di solidarietà sono cristallizzati, nel nostro ordinamento, principalmente all'art. 2, comma secondo, della Costituzione, che prevede, oltre al riconoscimento e alla garanzia dei diritti inviolabili, appunto anche l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Il concetto di solidarietà, però, risulta implicitamente richiamato anche in altre parti della Carta costituzionale – ad esempio negli articoli 48 (clausole sul dovere di voto), 53 (dovere di concorrere alle spese pubbliche), 30 (dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli). Più, in generale, comunque, la dottrina ha sottolineato come il dovere di solidarietà, nelle sue varie declinazioni, possa anche rappresentare un fondamento giustificatore di eventuali limiti imposti dalla stessa Costituzione al godimento di diritti di libertà. Per un approfondimento di carattere

genza sanitaria, alcuni possono contribuire in modo più sostanziale, mettendo al servizio degli altri le proprie competenze professionali, anche tutti gli altri appartenenti alla comunità possono e devono contribuire alla strategia di contrasto alla pandemia⁸. E devono farlo anche solo attraverso l'adozione di determinati comportamenti, come il distanziamento sociale, l'uso della mascherina, e la somministrazione dei vaccini, che però sono in grado di avere conseguenze importanti sul piano del contrasto alla pandemia.⁹

3. *Il ruolo dei giudici amministrativi*

Il rischio sanitario connesso all'insorgenza del virus COVID-19 e la sua diffusione sul territorio nazionale, nonché l'ampio ventaglio di atti adottati per far fronte a questa emergenza, hanno messo in risalto il ruolo del giudice (in particolare di quello amministrativo) quale baluardo di tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini a fronte dell'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione.¹⁰

Il ruolo del giudice, del resto, è quello di essere garante, in un ordinamento democratico e liberale, della corretta relazione tra poteri pubblici ed interessi privati. Questa relazione, che rappresenta un tema classico del diritto ammini-

generale sul tema si rinvia a V. TAMBURRINI, *I doveri costituzionali di solidarietà in campo sociale: profili generali e risvolti applicativi con particolare riferimento alla tutela della salute*, in *Ianus*, 18, 2018, 25 ss; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016.

⁸ Come ha ammonito il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nel suo discorso alla cerimonia di inaugurazione dell'Anno Accademico 2021-2022 dell'Università degli Studi di Pavia il 5 settembre 2021, ciascun membro della comunità dovrebbe avere la consapevolezza dell'importanza di salvaguardare la salute dei consociati e invocare la libertà per sottrarsi alla vaccinazione "equivale alla richiesta di licenza di mettere a rischio la salute altrui e in qualche caso di mettere in pericolo la vita altrui." Per un approfondimento sul valore che la somministrazione del vaccino assume nel sistema costituzionale si rinvia a L. LORELLO, *Obbligo vaccinale e limiti: una recente decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 103 ss.

⁹ Al netto delle obiezioni più immaginifiche di stampo puramente complottista, alcune argomentazioni proposte dai sostenitori dei tesi *no-vax* si sono focalizzate sui dubbi relativi alla fase sperimentale ed alla possibilità di subire eventi avversi a seguito dell'inoculazione. In merito, tuttavia, sia il Ministero della Salute sia l'Istituto Superiore di Sanità, sia i numerosi studi scientifici in proposito hanno rimarcato come i vaccini attualmente autorizzati in Italia – *Comirnaty* di Pfizer-BioNtech; *Spikevax* (Moderna); *Vaxzevria* di AstraZeneca; *Janssen* (Johnson & Johnson); *Novaxovid* (Novavax) – siano stati autorizzati solo dopo un'attenta valutazione del profilo di sicurezza, in base agli studi effettuati nella fase di sperimentazione, e come, in ogni caso, il profilo di sicurezza venga continuamente monitorato anche dopo l'autorizzazione. Per un approfondimento sul tema si rinvia ai *Report* periodici dell'Agenzia italiana del farmaco sulla farmacovigilanza dei vaccini Covid-19. <https://www.aifa.gov.it/>

¹⁰ Cfr. A. MANZIONE, *I giudici e la pandemia*, cit.

strativo su cui innumerevoli autori si sono cimentati, riguarda, secondo la ricostruzione tradizionale, da un lato, l'interesse pubblico originariamente collettivo (soggettivato nell'amministrazione e nel sistema pubblico complessivo nel quale l'amministrazione si articola in applicazione del principio di sussidiarietà cd. verticale) ed istituzionalmente perseguito con i mezzi previsti dall'ordinamento, e, dall'altro lato, gli interessi individuali dei singoli “*che possono convergere con l'interesse pubblico, che da esso possono semplicemente divergere, ma che, nella vicenda amministrativa e poi eventualmente processuale più studiata, con esso possono francamente contrastare.*”¹¹

L'elemento di forte differenziazione tra l'interesse pubblico e quello privato è connesso alle forme di tutela sostanziale e giurisdizionale approntate dall'ordinamento. Per la tutela dell'interesse pubblico, che ha il carattere della storicità (dunque, viene individuato a livello normativo, sulla base della sensibilità politica del parlamento e del governo), l'ordinamento attribuisce all'amministrazione poteri autoritativi da utilizzare nel caso in cui, ad esempio, possa prefigurarsi un contrasto tra l'interesse pubblico e gli interessi privati o le risorse del mercato siano insufficienti, o incongrue, o comunque non utilizzabili, o vi siano un'urgenza e uno stato di necessità tali da rendere necessario un intervento immediato ed autoritativo¹². Per la tutela dell'interesse privato, invece, occorre tenere presente quale rilevanza giuridica ad esso accordi l'ordinamento, che, pur nel rispetto delle esigenze dei singoli, deve sempre dare priorità al perseguimento del benessere dell'intera comunità.¹³

La situazione giuridica del privato, inoltre, si scompone ulteriormente in diritti soggettivi ed interessi legittimi, il cui principale *discrimen* è rappresentato dal livello di tutela accordato dall'ordinamento rispetto all'esercizio, da parte dell'amministrazione, di poteri autoritativi.¹⁴

¹¹ A. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli, 2010, 407 ss.

¹² Per un inquadramento generale sul tema, si rinvia alla manualistica di riferimento: G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Torino, 2020; F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021; D. STORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2021; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022.

¹³ Per un approfondimento sul difficile bilanciamento tra interessi privati e poteri pubblici, si rinvia, tra gli altri, ai contributi di A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I vol., Napoli, 2010; A. CONTIERI (a cura di), *Vol. 1: Interesse pubblico e disegno organizzativo delle pubbliche amministrazioni: Palermo, 20-21 febbraio 2009. Interesse pubblico nell'esercizio della funzione di indirizzo politico: Cassino, 26-27 marzo 2009*, Atti di convegni, Napoli, 2010; A. CONTIERI (a cura di), *Interesse pubblico e principi di buone amministrazioni [sic]: Teramo, 23-24 ottobre 2009. La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e le ragioni dell'interesse pubblico : Siena, 12-13 giugno 2009*, Napoli, 2010; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi: autonomie locali e funzione amministrativa nella trasformazione della P.A.*, Padova, 1999; R. PAVONI, *Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, 2013; A. DE CHIARA, *Attività private, interesse pubblico e decisioni amministrative sulle liti*, Napoli, 2012.

¹⁴ Cfr. A. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 411.

Il criterio di riparto della giurisdizione, che garantisce al privato la possibilità di tutelare la propria posizione giuridica soggettiva, non si basa sulla differente natura delle situazioni giuridiche di cui sono titolari i cittadini, ma si ancora all'esistenza o meno del potere autoritativo esercitato dall'amministrazione, facendo rientrare nell'ambito della giurisdizione amministrativa le controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio di tale potere. La cognizione del giudice amministrativo adito, peraltro, riguarda la legittimità degli atti posti in essere dall'amministrazione e i vizi di violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere¹⁵.

Ciò premesso, nel delicato contesto pandemico, ai giudici amministrativi è stato affidato il compito di valutare la legittimità dell'imposizione legislativa dell'obbligo vaccinale (anche in termini di compatibilità con la normativa costituzionale ed euro-unitaria) e di effettuare quel bilanciamento di valori a volte non compiutamente rinvenibile nella norma. Ciò ha messo in risalto la complessità e la delicatezza dell'attività ermeneutica tipica della loro funzione, ovvero la capacità di analizzare il caso concreto effettuando un ragionamento che identifica le caratteristiche giuridicamente rilevanti della situazione di fatto e le connette alle corrispondenti ragioni per agire.¹⁶

Ordinariamente, infatti, i giudici devono compiere uno sforzo ricostruttivo notevole che consiste, prima di tutto, nell'effettuare una disamina delle caratteristiche giuridiche di un caso concreto (distinguendo quelle accessorie da quelle essenziali) e, in secondo luogo, nell'individuare la connessione esistente tra le caratteristiche giuridiche essenziali e le possibili soluzioni del caso concreto. Sin dall'inizio della pandemia, però, questa attività ermeneutica si è ulteriormente complicata se si tiene conto della circostanza che, per effettuare i due passaggi appena menzionati, è fondamentale, oltre all'accurata conoscenza del diritto, anche una ragionevole percezione della realtà sociale che consenta di evidenziare quali effettivamente siano le caratteristiche giuridicamente rilevanti di una data questione di fatto.¹⁷

¹⁵ Cfr. F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit. Rispetto a questa impostazione tradizionale, tuttavia, è doveroso rilevare che sono state avanzate altre interpretazioni, al momento minoritarie, ad opinione delle quali il sindacato del giudice amministrativo “non si limita alla legittimità ma si estende alla valutazione completa (alla opportunità) delle attività di esercizio del potere amministrativo; si estende, pertanto, al sindacato pieno delle scelte di discrezionalità amministrativa, consentendo di verificare appieno se esse corrispondono all'interesse pubblico concreto” che costituisce la somma degli interessi pubblici astrattamente rilevanti e degli interessi privati coinvolti. F. G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 1, 2021, 1 ss.

¹⁶ Cfr. C. MICHELON, *Legalità e percezione della rilevanza giuridica*, in *Ars interpretandi*, 1, 2022, 33 ss.

¹⁷ Tale capacità percettiva, declinata da alcuni autori in termini di saggezza pratica assume un ruolo chiave nel contesto dell'argomentazione giuridica; pur presentandosi come un attributo soggettivo, affinabile con l'esperienza, è sicuramente sensibile alla ricostruzione narrativa della realtà diffusa nel contesto sociale. Per un approfondimento si rinvia ad A. AMAYA, *Virtue and reason in Law*, in *New waves in philosophy of law*, a cura di M. Del Mar, Londra, 2011, 123 ss.

Un ulteriore elemento di complessità, poi, è rappresentato dal fatto che, nella maggior parte dei casi, l'esame dei fatti e delle situazioni rilevanti per l'esercizio del potere pubblico richiede il ricorso a cognizioni tecniche o scientifiche di carattere altamente specialistico. I provvedimenti amministrativi adottati nel contesto pandemico, infatti, sono caratterizzati da un'elevata discrezionalità tecnica e richiedono all'amministrazione di tenere in giusto conto sia il diritto sia la tecnica.¹⁸

Riguardo alla portata del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, la giurisprudenza amministrativa ha una posizione ormai consolidata e riconosce che la ponderazione del giudice nella valutazione sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi, frutto dell'esercizio della discrezionalità tecnica, sia piena, penetrante, effettiva, perciò in grado di garantire tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte, ma non sostitutiva, nella misura in cui il giudice non può agire al posto dell'amministrazione. Ciò che, invece, rientra nell'ambito dei poteri del giudice è la possibilità di censurare la valutazione chiaramente inattendibile dell'amministrazione, che si rivela essere il frutto di un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato, e, di conseguenza, la possibilità di annullare il provvedimento basato su di essa.¹⁹

Ebbene, al verificarsi dell'emergenza sanitaria, probabilmente, la ricostruzione della realtà offerta dalle correnti *pro-vax* e *no-vax*²⁰, che si sono scontrate

¹⁸ In proposito, il punto 64.1 Tar Sardegna, Sez. I, sentenza del 19 agosto 2021 n. 604, ha messo in evidenza che le valutazioni svolte dall'organo amministrativo si fondano su regole e concetti richiamati dalla disciplina normativa, ma trascendenti il diritto stesso, in quanto propri di scienze non esatte. Tali valutazioni, peraltro, sono spesso molto complesse e, per questo motivo, sono caratterizzate da un margine di opinabilità, dunque, a fronte delle possibili soluzioni offerte dalla scienza, l'amministrazione deve saper individuare quale sia la scelta migliore per tutelare i bisogni della collettività.

¹⁹ La giurisprudenza ha consolidato uno schema del ragionamento che il giudice amministrativo deve seguire quando è chiamato a decidere su casi che implicano l'esercizio della discrezionalità tecnica dell'amministrazione: "a) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche; b) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo. c) devono ritenersi superati ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo, in astratto, la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico ma questo non toglie che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto." Punto 64.3 della sentenza Tar Sardegna 19 agosto 2021, n. 604 che richiama, a sua volta, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 maggio 2002, n. 2334.

²⁰ Per un approfondimento critico sulle due posizioni si veda G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4, 2021, 333 ss.

ponendosi in netta contrapposizione tra loro, ha pesato in modo particolare nella scelta delle argomentazioni giuridiche utilizzate dai giudici chiamati a dirimere controversie connesse all'obbligo vaccinale. Anche il giudice amministrativo, infatti, è un membro della collettività e, come tale, “*non è immune dallo stato in cui essa si trova. La crisi delle istituzioni non può che colpire anche il giudice amministrativo, che non vive certo in un mondo astratto o a sé stante.*”²¹

Inoltre, sebbene le decisioni giurisdizionali non possano e non debbano mai essere decisioni politiche, non è tuttavia possibile evitare che, in un contesto come quello della pandemia, l'annullamento di un atto amministrativo apra un dibattito sulla valenza politica dell'intervento giurisdizionale.²²

3.1. *La sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato*

Di sicuro, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 20 ottobre n. 7045 ha rappresentato una pietra miliare in questo senso, un vero punto di riferimento per i tanti giudici che sono stati chiamati a decidere controversie relative all'applicazione ed alla legittimità dell'obbligo vaccinale nel contesto pandemico.

Questa sentenza²³, difatti, muove dalla lucida individuazione delle caratteristiche giuridicamente rilevanti della situazione di fatto, propria del corretto esercizio della funzione giudicante, e articola con chiarezza e intelligibilità il percorso motivazionale della decisione.

Il caso di specie riguardava un appello, proposto per la riforma di una sentenza di primo grado, resa in forma semplificata dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia, che dichiarava inammissibile il ricorso collettivo e cumulativo proposto in primo grado contro gli atti con i quali le Aziende Sanitarie friulane avevano dato applicazione alle disposizioni normative in tema di obbligo vaccinale, così come previsto dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, conv. con mod. in l. n. 76 del 2021. Avverso questa sentenza di primo grado, gli interessati avevano proposto appello al Consiglio di Stato, deducendone l'errore del giudizio per cinque motivi²⁴ ed avevano colto l'occasione per riproporre

²¹ Intervento del Presidente della Sez. VI del Consiglio di Stato C. VOLPE, *Tribunali Amministrativi Regionali: cinquanta anni di esperienza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2022, 320 ss.

²² Cfr. S. VALAGUZZA, *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. Una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2019, 1285 ss.

²³ Che pure è stata in parte criticata dagli studiosi perché “*seguita a mantenersi nel solco della tradizione teorica favorevole a preservare fino in fondo – pure in una drammatica situazione di emergenza, qual è quella segnata dalla pandemia in corso – la libertà di apprezzamento del legislatore, a far salvo dunque l'antico mito o dogma della legge quale atto libero nel fine, politico pleno iure insomma.*” A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 64.

²⁴ I cinque motivi di ricorso sono sintetizzati al punto 6 della sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato, ove si specifica che la richiesta, in via principale, era quella di “*accogliere il ricorso*

in secondo grado anche le dieci censure di illegittimità dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, già articolate in primo grado e non esaminate nel merito dal Tribunale.

L'appello viene ritenuto in parte fondato dal Consiglio di Stato, il quale riconosce l'ammissibilità del ricorso in primo grado, ma respinge comunque la richiesta dei ricorrenti nel merito e si addentra nella disamina delle dieci censure di illegittimità dell'art. 4 del d.l. n. 44 /2021 avanzate dai ricorrenti.

Ragionando su queste ultime, la Corte elabora un percorso logico-argomentativo che si sofferma sulla natura non sperimentale del trattamento, sull'affidabilità della procedura di autorizzazione del farmaco, sull'efficacia dei vaccini e sulla loro sicurezza, e culmina con l'affermazione della piena legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale ex art. 4. d.l. n. 44/2021, imposto agli operatori sanitari nell'ambito delle strategie di contenimento e contrasto alla pandemia.

Tutto ciò, però, è reso possibile dalla nitida delimitazione della questione oggetto della decisione che riguarda la valutazione del rapporto costi/benefici relativo alla somministrazione dei quattro vaccini contro il SARS-CoV-2, all'epoca disponibili sul mercato ed utilizzati su larga scala in Italia. Il Consiglio, infatti, ancora la propria ricostruzione all'evoluzione della giurisprudenza Costituzionale in merito ed afferma con decisione che, nel bilanciamento tra l'autodeterminazione individuale e la tutela della salute pubblica, non vi è alcuno spazio legittimo per la c.d. "esitazione vaccinale".

Nella motivazione della sentenza, infatti, emerge con chiarezza che l'obbligatorietà della vaccinazione rileva come questione generale di interesse pubblico e, a supporto di questa impostazione, vengono richiamati concetti essenziali del *rule of law*, come il principio solidaristico e il rapporto tra la conoscenza – e, dunque, l'informazione e il suo contrario, la disinformazione – e la democrazia.

Richiamando la sentenza della Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5 del sulle vaccinazioni obbligatorie (re)introdotte dal d.l. n. 73 del 2017, il Consiglio di Stato evidenzia che, in un ordinamento democratico, la scelta tra la tecnica della persuasione²⁵ e quella dell'introduzione di un apposito obbligo è affidata

e, per l'effetto, di annullare la sentenza impugnata e, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., di rimettere la causa al primo giudice, anche al fine di proporre motivi aggiunti, dal primo giudice, a loro dire, illegittimamente impediti, oppure di riformare la sentenza impugnata, nel merito, e accogliere il ricorso di primo grado; in via subordinata, di rimettere, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., all'Adunanza plenaria l'esame della questione, anche in considerazione dei principi generali che essa involge, se l'art. 60 c.p.a. consenta al giudice di pronunciare in forma semplificata anche laddove sia intervenuta una espressa dichiarazione di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare da parte dei ricorrenti; in via di estremo subordine, accogliere il quinto motivo di appello e, per l'effetto, di compensare le spese del giudizio di primo grado. 6.1. Gli appellanti hanno altresì richiesto, insieme all'annullamento o alla riforma della sentenza impugnata con il conseguente risarcimento dei danni, anche la sospensione della sua esecutività ai sensi dell'art. 98 c.p.a."

²⁵ Distaccandosi dalla strategia di regolazione tradizionale basata sul concetto di *law as guidance* (che ancora il potere normativo al modello del *command and control*), la *nudge regulation* può rappresentare una valida alternativa per il legislatore che intenda puntare sull'esercizio di un

alla discrezionalità ed alla sensibilità del legislatore, tenendo presente che, in linea teorica, l'introduzione di una legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione italiana.²⁶ Tale compatibilità, per l'appunto, è valida al ricorrere di tre condizioni: 1) il trattamento ha una valenza terapeutica sia individuale sia collettiva; 2) il trattamento non incide negativamente sullo stato di salute di chi deve sottoporvisi e le eventuali conseguenze appaiono normali e tollerabili; 3) nell'ipotesi di danno ulteriore, il soggetto che si è sottoposto al trattamento ha diritto ad una equa indennità che deve essere corrisposta a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria.

Il Consiglio di Stato, poi, compie un passo ulteriore e, pur riconoscendo la validità del presupposto scientifico di ordine generale in base al quale *“il vaccino, come tutti i farmaci, non può essere considerato del tutto esente da rischi”*, è granitico nel riconoscere *“un rapporto rischio/beneficio favorevole che, allo stato delle conoscenze scientifiche, delle sperimentazioni eseguite, degli studi clinici e dei dati disponibili, non è dissimile da quella dei vaccini tradizionali.”* Ciò, afferma il Consiglio, è vero nonostante ad oggi non si disponga di tutti i dati completi per valutare compiutamente il rapporto rischio/beneficio nel lungo periodo e debba essere accettato un rischio ineliminabile afferente al c.d. *“ignoto irriducibile”*. La continua ridefinizione degli obiettivi e delle strategie viene identificata dai giudici come un tratto caratteristico della legislazione in tema di pandemia e viene poi connessa alla *“riserva di scienza alla quale il decisore pubblico sia a livello normativo che amministrativo deve fare necessario riferimento nell'adottare le misure sanitarie atte a fronteggiare l'emergenza epidemologica”*.²⁷

Le tesi dei ricorrenti, pertanto, vengono approfondite punto su punto, seguendo un ragionamento saldamente ancorato alla realtà scientifica e pandemica che, nella consapevolezza dell'esigenza immediata di intervento, ammette la flessibilità dell'azione pubblica, chiamata ad anteporre la tutela della salute della comunità (ed in particolare dei suoi soggetti più fragili) alla certezza assoluta della sicurezza dei vaccini.

potere di influenza adatto per pungolare gentilmente i cittadini, senza imporre sanzioni, a porre in essere comportamenti volti ad aumentare il proprio benessere e ad incidere positivamente sulla collettività. Per un approfondimento sulla *nudge regulation* si rinvia a R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità* (trad. it. a cura di A. Oliveri), Milano, 2009; A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli, 2021.

²⁶ In proposito, si rinvia alla giurisprudenza della Corte costituzionale e, in particolare, alle sentenze del 18 gennaio 2018 n. 5, del 23 giugno 1994 n. 258, e del 22 giugno 1990 n. 307.

²⁷ Con un accenno alle argomentazioni *no-vax*, poi, la Corte tenta di inquadrare la situazione nella giusta prospettiva affermando che non spetta al singolo individuo, *“ancorché dotato di proprie personali competenze e di un sapere asseritamente superiore, a forgiarsi una cura da indicare alla scienza e al legislatore, costruendosi una cura “parallela”, “propria”, “privata”, non controllabile da alcuno e non verificabile in base ad alcun criterio scientifico di validazione”*.

3.2. *L'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana*

Diversamente, l'ordinanza collegiale istruttoria n. 38 del 17 gennaio 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS), non pare essere il frutto di un'eshaustiva ricostruzione logico-interpretativa della questione.

In questa ordinanza, infatti, il CGARS tende ad utilizzare il caso di specie come pretesto per promuovere una censura dell'obbligo vaccinale, inteso in senso generale, esasperando i meccanismi tipici del ragionamento giudiziario.

La censura principale dell'appellante²⁸, volta a contestare la legittimità di un provvedimento amministrativo lesivo della sua sfera giuridica, viene liquidata rapidamente ritenendone l'infondatezza e si riconosce, senza particolare difficoltà, che il caso dell'appellante non rientra tra quelli in cui, sussistendo un accertato pericolo per la salute, ricorre un'eccezione all'obbligo di vaccinazione. Se il Collegio avesse ritenuto manifestamente infondate le questioni di costituzionalità avanzate dal ricorrente, tanto sarebbe stato probabilmente già sufficiente per decidere in forma definitiva la questione.

Il giudice amministrativo, invece, esponendo le ragioni per le quali ritiene non sovrapponibile la vicenda in esame con quella oggetto della sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato²⁹, prende spunto dalle argomentazioni del ricorrente³⁰. Dopo aver ricostruito il quadro dei principi definiti dalla giuri-

²⁸ L'appello è stato proposto da uno studente iscritto al corso di Laurea d'Infermieristica presso l'Università degli Studi di Palermo il quale, obbligato a partecipare al tirocinio formativo all'interno delle strutture sanitarie universitarie o con la stessa convenzionate, rifiuta di sottoporsi al vaccino affermando di non esservi tenuto e di aver maturato "un'immunità naturale" avendo già avuto la malattia. Il Rettore, però, tenuto conto delle linee guida ministeriali in materia, aveva in precedenza fornito alla Comunità Accademica le disposizioni relative allo svolgimento delle attività didattiche e di prevenzione della diffusione del virus SARS-COV-2: dunque, era stato disposto che, allo svolgimento dei tirocini curriculari dell'area medico-sanitaria in presenza, potessero accedere solo gli studenti vaccinati con ciclo completo. Al rifiuto dello studente di sottoporsi al vaccino, e, aveva fatto seguito un provvedimento dell'Università che gli negava l'accesso alle strutture sanitarie universitarie dove svolgere il tirocinio.

²⁹ Il CGARS ritiene che, nonostante siano intercorsi pochi mesi dalla pronuncia del Consiglio di Stato, si sia in presenza di un quadro sanitario parzialmente diverso da quello oggetto della sentenza n. 7045/2021 in quanto caratterizzato, da un lato, dalla diffusione della variante *omicron* e, dall'altro, dalla necessità di ripetute e ravvicinate somministrazioni conseguenti alla ridotta efficacia temporale dei vaccini.

³⁰ L'argomento di maggior peso opposto dal ricorrente è quello per cui i vaccini in circolazione avrebbero ancora carattere sperimentale, il che non sarebbe compatibile con la prescrizione dell'obbligo di sottoporvisi per talune categorie di persone. Ciò, asserisce il ricorrente, sarebbe contrario alla normativa dell'Unione europea introdotta dal regolamento 2021/953 del 14 giugno 2021 ed all'art. 32, ultimo comma, della Costituzione, laddove stabilisce che la disciplina legislativa con cui è previsto un trattamento sanitario obbligatorio non può in nessun caso violare i

sprudenza della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie ed aver fatto richiamo a strumenti di *soft law* internazionale (come la Risoluzione n. 2361/2021 del Consiglio d'Europa ed il "Trattato" di Norimberga del 1947), attua, dunque, una strategia argomentativa nell'ambito della quale, per formare un proprio convincimento sulla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità proposte dal ricorrente, formula numerosi quesiti rivolti ad un organo verificatore³¹ per l'individuazione degli elementi istruttori che ritiene di dover acquisire.

Certamente, il giudice si trova dinanzi ad una disciplina sull'obbligo vaccinale che appare lacunosa e sente di essere chiamato ad affrontare il nodo della sua ragionevolezza. Tuttavia, le perplessità che ha destato questo approccio ricostruttivo sono state numerose e la dottrina non ha mancato di attirare l'attenzione su diversi passaggi piuttosto critici dell'ordinanza.

È stato evidenziato, ad esempio, che alcune delle fonti che l'ordinanza pone alla base dell'*iter* argomentativo non rappresentano, in realtà, fonti cogenti nell'ordinamento italiano³², ed anche che alcuni dei dubbi, espressi dal CGARS sulla compatibilità tra la normativa dell'obbligo vaccinale ed il dettato dell'articolo 32 della Costituzione, si fondano su passaggi argomentativi tratti dalla sentenza del 14 giugno 1990 n. 307 della Corte Costituzionale, che però, nel testo originale della sentenza richiamata, esplicitano considerazioni in un senso del tutto diverso rispetto a quelle formulate dal CGARS.³³

Più in generale, poi, appare controversa la scelta di subordinare, alle risultanze di un'istruttoria particolarmente articolata ed approfondita, la decisione sulla sussistenza o meno della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, eccipita dal ricorrente.

Tenuto conto del fatto che i parametri fissati dalla Corte costituzionale in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria in ambito vaccinale sono ben chiari³⁴, il CGARS pare disconoscere, in capo agli organi

limiti imposti dal rispetto della persona umana. Cfr. A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, cit., 15.

³¹ Composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il medesimo Ministero e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria del Ministero della Salute.

³² Come sottolineano A. SCIORTINO, *Obbligo vaccinale e discrezionalità legislativa: a proposito delle ordinanze CGARS nn. 38 e 351 del 2022*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 123 ss., in merito alla non vincolatività delle risoluzioni adottate dal Consiglio di Europa, e G. CORSO, *Un manifesto giudiziario no vax?*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 1 ss., in merito all'inesistenza di un vero e proprio "Trattato" di Norimberga.

³³ Cfr. A. SCIORTINO, *Obbligo vaccinale e discrezionalità legislativa: a proposito delle ordinanze CGARS nn. 38 e 351 del 2022*, cit.

³⁴ "La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie è salda nell'affermare che l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute della singola persona (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto delle altre persone e con l'interesse della collettività. In particolare, la Corte ha precisato che – ferma la necessità che l'obbligo vaccinale sia imposto con legge – la

di governo sanitario, l'uso di una discrezionalità ragionevole e proporzionata³⁵. Inoltre, da un lato, non utilizza i propri poteri istruttori in modo neutrale al fine di accertare i fatti oggetto della causa (avviando un'indagine istruttoria estremamente puntuale sulle concrete modalità di svolgimento del rapporto medico-paziente e dell'azione di farmaco-vigilanza, ma fondata su quesiti strutturati in modo tale da lasciar trasparire una posizione scettica rispetto alla politica vaccinale), dall'altro, sembra travalicare il suo ruolo nella qualità di giudice che rimette una questione di legittimità costituzionale alla Corte Costituzionale (rendendo valutazioni di carattere astratto e generale sulla sospetta incostituzionalità della normativa intese "a provare" piuttosto che "dubitare" della fondatezza della questione").³⁶

Ad uno sguardo attento, del resto, non sfugge come la formulazione particolarmente approfondita dei quesiti ed il numero impressionante degli stessi abbiano lo scopo di oltrepassare lo standard richiesto dalla semplice prova della non manifesta infondatezza, per giungere quasi all'affermazione della manifesta fondatezza della questione di legittimità costituzionale, con il rischio, tuttavia, di interpretare impropriamente il ruolo del giudice rimettente "con conseguenti, altrettanto improprie, «strozzature limitative della funzione riservata alla Corte Costituzionale»".³⁷

Ciò sembra ancor più inusuale se si tiene conto del fatto che la contestazione appare rivolta, in astratto, all'obbligo vaccinale in senso generale per come istituito dalla legge. Sembra quindi che il CGARS intenda dimostrare, in mancanza di una piena certezza scientifica sull'inesistenza di rischi e sulla presenza di benefici per la salute individuale, l'assenza di discrezionalità legislativa nel bilanciare rischi e benefici in tema di imposizione di trattamenti sanitari obbligatori (quali sono i vaccini obbligatori contro il virus SARS-COV-2). Il contrario, cioè, di ciò che aveva sostenuto il Consiglio di Stato nella sentenza n. 7045/2021, in occasione della quale la Corte aveva chiarito l'impossibilità di bilanciare il noto con l'ignoto.³⁸

legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. alle seguenti condizioni: (i) se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; (ii) se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili"; (iii) e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)."
Cit. da punto 8.3 dell'ordinanza n. 38/2022 del CGARS.

³⁵ Cfr. M. R. SPASIANO, *Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e altre questioni in tema di obbligo vaccinale*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 15 ss.

³⁶ *Ibidem*, 9.

³⁷ B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?*, in *CERIDAP. Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 1, 2022, 130. Per un approfondimento sul tema della valutazione della non manifesta infondatezza si rinvia a F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, "Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972.

³⁸ In proposito, come rilevato da A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della*

Nonostante tutti i su esposti rilievi critici, comunque, all'esito dell'integrazione istruttoria richiesta con l'ordinanza n. 38/2022, il CGARS, persuaso della non manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità rilevate, ha poi deciso, in data 22 marzo 2022, di promuovere ricorso incidentale di costituzionalità, ad oggi ancora pendente.

4. *Conclusioni*

L'obiettivo originario che il legislatore ha tentato di perseguire, introducendo l'obbligo vaccinale nell'ambito della strategia di contenimento e contrasto della pandemia da COVID-19, va individuato nella tutela della salute pubblica, intesa in senso ampio, e nella garanzia del corretto funzionamento delle strutture sanitarie.

Il panorama scientifico di riferimento, tuttavia, era (ed è tuttora) notevolmente fluido ed in costante aggiornamento, mentre la discussione sulle strategie da porre in essere è progressivamente uscita da un contesto accademico e scientifico ed è diventata oggetto di un acceso dibattito pubblico. La questione, del resto, incide in modo penetrante sulla vita di ciascun cittadino e richiede ad ognuno di elaborare in coscienza una propria opinione.

Il ponderato e razionale bilanciamento tra gli interessi in gioco e le strategie idonee a raggiungere gli obiettivi considerati prioritari nell'interesse della collettività, tuttavia, è stato spesso sostituito dalla reazione impulsiva e viscerale alla paura dell'incognito e della malattia (spesso fomentate da informazioni distorte e/o poco chiare che hanno generato confusione nella popolazione). Tutta la popolazione, poi, è stata estremamente provata dalle restrizioni che hanno avuto effetti pesanti sul benessere economico, sociale e psicologico delle persone ed hanno danneggiato economicamente molte aziende.

Al netto delle critiche più irragionevoli avanzate dal fronte oltranzista *no-vax*, che rasentano il complottismo ed il cospirazionismo, è dunque innegabile che le politiche normative adottate abbiano prestato il fianco, in alcuni casi, a critiche più o meno sensate e più o meno radicali. Allo stesso tempo, peraltro, resta ancora il dubbio sulle argomentazioni che hanno frenato il legislatore dall'introdurre un obbligo vaccinale generalizzato³⁹, che pure rappresenterebbe un'opzione compatibile con il dettato costituzionale.

teoria della Costituzione, cit., 10, “a portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti la tesi scettica che si appella alla ignoranza del futuro che potrebbe esserci riservato in conseguenza della somministrazione dei vaccini, non rimarrebbe che l'alternativa della mancata somministrazione stessa, con i sicuri e disastrosi effetti che però se ne avrebbero per l'intera umanità?”.

³⁹ Scelta che, peraltro, pare condivisa in seno alla Comunità internazionale. Per un approfondimento si rinvia a R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in www.questionegiustizia.it, 6 settembre 2021.

La questione vaccinale, in altri termini, è stata fortemente politicizzata, rendendo difficile l'adozione di una prospettiva lucida basata sui fatti e persino l'alta mortalità tra i non vaccinati, che rappresenta un dato tragico ed evitabile⁴⁰, è diventata oggetto di discussione.

Ciò che il fragile contesto pandemico ha messo in evidenza, tuttavia, è l'importanza di rimanere saldamente fedeli all'ideale del *rule of law* che, nei sistemi giuridici moderni, guida le dinamiche del rapporto tra legislazione, potere amministrativo ed esercizio della giurisdizione.⁴¹

A tal proposito, si è scelto di segnalare il ruolo centrale giocato dai giudici, in particolare quelli amministrativi, nel garantire che l'esercizio del potere amministrativo pervenga ad un corretto bilanciamento tra gli interessi pubblici e quelli privati, e si è attirata l'attenzione su due importanti decisioni degli organi della giustizia amministrativa mettendo in rilievo come, rispetto alla più recente pronuncia, sorgano, invero, alcune significative perplessità.

Se infatti è imprescindibile che, per poter svolgere compiutamente la propria funzione, il giudice abbia pieno accesso al fatto al fine di verificarne la sussistenza, ciò non può e non deve rappresentare un espediente attraverso il quale il giudice arrivi a sostituirsi alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate.

La contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma, che rappresenta un passaggio diverso rispetto all'accertamento del fatto e rientra nel suo apprezzamento, dà vita ad un sindacato sulla legittimità delle ponderazioni dell'amministrazione (espressione della discrezionalità tecnica) che deve essere pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo, nella misura in cui, appunto, non è ammissibile la completa sostituibilità della valutazione del giudice a quella dell'amministrazione.⁴²

In altri termini, dunque, al giudice è affidata la verifica della ragionevolezza, della coerenza e dell'attendibilità delle scelte compiute dall'amministrazione, ma,

⁴⁰ L'analisi dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS) relativa all'impatto della vaccinazione nel prevenire nuove infezioni, ricoveri in terapia intensiva e decessi, aggiornata al 10 agosto 2022, evidenzia che:, nella fascia di popolazione di 12 anni e oltre, il tasso di mortalità standardizzato per età, relativo alla popolazione di età ≥ 12 anni, nel periodo 17 giugno – 17 luglio 2022, per i non vaccinati risulta circa tre volte e mezzo più alto rispetto ai vaccinati con ciclo completo da ≤ 120 giorni (29,6 vs 8,4 decessi per 100.000 ab.) e circa sei volte e mezzo più alto rispetto ai vaccinati con dose aggiuntiva/booster (4,7 decessi per 100.000 ab.). Per ulteriori approfondimenti si rinvia al sito internet del Ministero della Salute (<https://www.salute.gov.it>), dell'Istituto Superiore di Sanità (<https://www.iss.it>) e della Fondazione GIMBE <https://www.gimbe.org>).

⁴¹ Come mette in evidenza A. ZITO, *Pandemia ed obbligo vaccinale: lo stato dell'arte del dibattito dottrinale nel prisma dell'ordinanza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia n. 38/2022*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 276, “solidarietà, razionalità, precauzione e trasparenza sono concetti “chiave” per analizzare, comprendere e giudicare ciò che è accaduto sia a livello normativo sia a livello della complessiva azione di Governo finalizzata a contrastare e contenere gli effetti della pandemia.”

⁴² Cfr. sentenza Tar Sardegna, n. 604/2021, punto 66.

ogni volta in cui sia stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi. E ciò anche quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione, pur essendo uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato.⁴³

Più in generale, poi, è necessario, come si è detto, che il giudice analizzi il caso concreto senza preconetti, effettuando un ragionamento che identifica le caratteristiche giuridicamente rilevanti tipiche della situazione di fatto e le connette alle corrispondenti ragioni per agire. Questo metodo è chiaramente incompatibile con il ragionamento che, piuttosto che partire dall'analisi del caso concreto, inquadrandolo negli schemi giuridici predisposti dalle norme e giungendo, poi, all'identificazione delle soluzioni, parte invece dal risultato che si vuole conseguire o da una ricostruzione preimpostata, indagando il caso attraverso una lente distorta che mette in evidenza solo gli aspetti utili alla ricostruzione preferita dal soggetto il quale pone in essere l'analisi.

Nel caso dell'ordinanza del CGARS n. 38/2022, la percezione è che le argomentazioni e le richieste istruttorie del Collegio siano strutturate in modo da blindare, sul piano tecnico-scientifico, la valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità avanzata dal ricorrente⁴⁴. Il giudice amministrativo, in questo caso, sembra dunque eccessivamente influenzato da una ricostruzione della realtà fortemente legata alle tesi più critiche rispetto alla gestione della pandemia e da esse prende visibilmente spunto per analizzare la vicenda e formulare una serie di quesiti estremamente lunga, complessa e "pesante" che rischia di mettere in dubbio la sua terzietà come organo giudicante e di trasformare la pronuncia in un manifesto *no-vax*.⁴⁵

⁴³ Cfr. sentenza Tar Sardegna, n. 604/2021 e sentenza Consiglio di Stato, Sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601.

⁴⁴ Cfr. E. CAVASINO, *Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio a quo, rilevanza e non manifesta infondatezza della questione ed effetti sull'istruttoria nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 1 (speciale obbligo vaccinale), 2022, 207 ss.

⁴⁵ Come ha criticamente rilevato G. CORSO, *Un manifesto giudiziario no vax?*, cit., pur predisponendo un'istruttoria ad ampio spettro il CGARS si focalizza solo su determinati aspetti, come i dati sul numero dei ricoveri e dei decessi dei contagiati), mentre intenzionalmente esclude altri aspetti parimenti determinati nell'ottica del bilanciamento tra libertà individuale e interesse pubblico, come ad esempio quelli relativi ai ricoveri e ai decessi dei contagiati non vaccinati.

Abstract

Il presente contributo analizza due pronunce giurisdizionali (la sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato e l'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana) confrontando la tecnica argomentativa utilizzata dalle Corti in due vicende relative all'introduzione normativa dell'obbligo vaccinale.

Il punto di partenza dell'indagine è rappresentato dalla ricostruzione della rapida evoluzione del quadro normativo in tema e dall'inquadramento teorico dell'obbligo vaccinale come espressione del principio di solidarietà, intimamente connesso ad una visione dello Stato di diritto come ideale giuridico essenziale per garantire la dignità umana.

Successivamente, il *focus* si sposta sulla centralità del ruolo del giudice amministrativo e sulla necessità di attribuire un ruolo chiave, nell'esercizio corretto della funzione giudicante, alla lucida ed imparziale individuazione delle caratteristiche giuridicamente rilevanti di una situazione di fatto.

In questo contesto, si evidenzia, dunque, come la sentenza n. 7045/2021 del Consiglio di Stato, che si allinea ai precedenti della Corte Costituzionale riconoscendo la necessità di ammettere un margine di flessibilità nell'azione pubblica per assicurare la tutela della salute della collettività nel contesto pandemico, segua un ragionamento fortemente ancorato alla realtà scientifica della pandemia, e come, invece, l'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana sembri valutare i fatti in maniera non neutrale, arrivando ad estenderne la portata dei propri poteri istruttori al di fuori dei limiti ordinari ed operando un controllo sulla fondatezza delle questioni di legittimità proposte dal ricorrente che spetta invece alla Corte Costituzionale

The public interest as a balance between politics and administration:
the case of mandatory vaccination during the Covid-19 pandemic

This paper analyses two rulings, one – *sentenza no. 7045/2021* – pronounced by the *Consiglio di Stato* (the highest Administrative Court in Italy) and one – *ordinanza no. 38/2022* – pronounced by the *Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana* (the Administrative Justice Court for the Sicilian Region), comparing the argumentative technique used by the two courts in the context of the rapidly evolving regulatory framework of the vaccination mandate.

The starting point of the investigation is the reconstruction of the vaccination mandate as an expression of the principle of solidarity, intimately connected to a vision of the rule of law as an essential legal ideal to guarantee human dignity.

Subsequently, the focus shifts to the centrality of the role of administrative judges in the protection of public interests and the need to move from a lucid

and impartial identification of the legally relevant characteristics of a factual situation in order to properly exercise the judicial function. These considerations are key in analysing the two rulings: the *sentenza no. 7045/2021* of the *Consiglio di Stato*, in fact, aligns with the precedents of the *Corte Costituzionale* (Constitutional Court) and follows a reasoning strongly based on the scientific reality of the pandemic, recognising the need for flexibility in public action when prioritizing the protection of public health; conversely, the *ordinanza no. 38/2022* of the *Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana* appears to evaluate the facts in a partisan way, even going as far as extending its reach beyond its judicial authority on a matter that should instead be under the jurisdiction of the *Corte Costituzionale*.

Hanno collaborato a questo numero:

Nicola Brignoli

Dottorando di ricerca in scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Riccardo D'Ercole

Avvocato e dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Macerata

Alessandro Fricano

Dottorando di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi del Molise

Edoardo Giardino

Professore associato di diritto amministrativo presso la Libera Università "Maria SS. Assunta" LUMSA

Chiara Gioè

Professoressa aggregata di giustizia tributaria presso Università degli Studi di Palermo

Federico Francesco Guzzi

Ricercatore di tipo B di diritto amministrativo presso l'Università della Calabria

Laura Lorello

Professoressa ordinaria di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Palermo

Laura Maccarrone

Ricercatrice confermata di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania

Francesco Manganaro

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria

Renata Pepe

Dottoranda di ricerca in diritto pubblico dell'economia presso l'Università La Sapienza di Roma

Pier Luigi Portaluri

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università del Salento

Antonio Ruggeri

Professore emerito di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Messina

Anna Simonati

Professoressa ordinaria di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Trento

Giulia Torta

Assegnista di ricerca in filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Palermo

Giuseppe Tropea

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria

Francesco Zammartino

Professore associato di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Napoli "L'Orientale"

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI OTTOBRE 2022
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI