

NOMOS

Le attualità nel diritto

Quadrimestrale di Teoria generale,
Diritto pubblico comparato e Storia costituzionale



ARMANDO LAMBERTI*

PANDEMIA, APPROCCIO PRECAUZIONALE E DIRITTI FONDAMENTALI: NORMATIVA EMERGENZIALE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE TRA PUNTI FERMI E CRITICITÀ DIFFUSE**

Abstract [It]: Il contributo intende analizzare l'impatto dell'emergenza sanitaria sull'esercizio di diritti e libertà fondamentali, evidenziando i limiti dell'approccio precauzionale e il proprium dell'idea di bilanciamento dei diritti, alla luce dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità (così illustrando, su queste basi, l'esempio del sacrificio sproporzionato della libertà religiosa durante la pandemia). Si analizzerà, poi, la complessa evoluzione della disciplina emergenziale, dall'introduzione del Green Pass all'imposizione dell'obbligo vaccinale, verificandone la legittimità costituzionale. Si procederà altresì ad una disamina della giurisprudenza costituzionale, prospettandone sia i punti di forza (come nella sentenza n. 127 del 2022 in tema di quarantena obbligatoria e nella sentenza n. 14 del 2023 sull'obbligo vaccinale) sia alcune aporie e contraddizioni (come nella sentenza n. 15 del 2023 sulla sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per i lavoratori non vaccinati).

Abstract [En]: The contribution intends to analyze the impact of the health emergency on the exercise of fundamental rights and freedoms, highlighting the limits of the precautionary approach and the proprium of the idea of the balancing test, in the light of the canons of reasonableness and proportionality (thus illustrating, on these bases, the example of the disproportionate sacrifice of religious freedom during the pandemic). The complex evolution of the emergency discipline will then be analysed, from the introduction of the Green Pass to the imposition of the vaccination obligation, verifying its constitutional legitimacy. An examination of the constitutional jurisprudence will also be carried out, proposing both its strengths (as in sentence n. 127 of 2022 on the subject of mandatory quarantine and in sentence n. 14 of 2023 on the obligation to be vaccinated) and some aporias and contradictions (as in sentence n. 15 of 2023 on suspension from work and salary for unvaccinated workers).

SOMMARIO: 1. L'impatto dell'emergenza su diritti fondamentali e dignità della persona. Approccio precauzionale e bilanciamento. – 2. Un esempio emblematico: il sacrificio (sproporzionato) della libertà religiosa. – 3. La quarantena obbligatoria e la sentenza n. 127/2022 della Corte costituzionale. – 4. Dalla fase acuta dell'emergenza al Green Pass e all'obbligo vaccinale. – 5. La giurisprudenza costituzionale del 2023 sugli obblighi vaccinali.

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Salerno.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

1. L'impatto dell'emergenza su diritti fondamentali e dignità della persona. Approccio precauzionale e bilanciamento

Nel periodo dell'emergenza, con una modalità mai sperimentata nella storia della Repubblica¹, molte libertà costituzionali sono state limitate, per garantire la salute pubblica.

Nondimeno, la tutela della salute², intesa nella duplice accezione di fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività (ex art. 32 Cost.), non può atteggiarsi – nemmeno in un periodo di straordinaria emergenza, che attenta alla *salus rei publicae* – come valore supremo assolutizzante e condizionante, né diventa essa stessa la “bilancia” dell'*Abwägung*, “pesando” sé stessa e gli altri diritti in giuoco in un bilanciamento³ anomalo, svuotato e snaturato di senso costituzionale.

In una prospettiva costituzionalmente conforme, la tutela della salute, dunque, non è “bilancia” essa stessa, quanto piuttosto oggetto di bilanciamento⁴.

In caso contrario, l'emersione della “salute-bilancia” finirebbe con l'incidere sul contenuto essenziale di altri concorrenti diritti fondamentali⁵, con la conseguenza di determinare – nel violare il *Wesensgehalt* di un *Grundrecht* – una indebita lesione della dignità della persona umana, che di ogni diritto è alimento, fondamento e “presupposto assiologico”⁶.

Come la consolidata giurisprudenza costituzionale ha messo in luce, infatti, la Costituzione italiana “richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti

¹ V. M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Gruppo di Pisa*, Rivista 2/2020, 25.

² Su cui, tra i tanti, v. L. MONTUSCHI, *Commento all'art. 32, I comma*, in *Commentario Branca-Pizzorusso*, Bologna-Roma, 1976; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, 21 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.*, 1984, 21 ss.; M. LUCIANI, *Salute. I) Diritto alla salute – Dir. Cost.*, in *Enc. Giur.*, XXVII, 1991; C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991; L. PRINCIPATO, *La immediata preesistività dei diritti sociali e il “contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute”*, in *Giur. Cost.*, 1998; A. SIMONCINI – E. LONGO, *Commento all'art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 655 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.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2018.

³ Sul punto, cfr. F. RESCIGNO, *La gestione del Coronavirus, La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2020, 253-271. V. anche M. CECILI – A. CHIAPPETTA, *Diritti fondamentali ed emergenza: come la pandemia covid-19 ha influenzato l'ordinamento giuridico italiano e il bilanciamento dei diritti*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, 23 ss.

⁴ Cfr. C. M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, V, 2001, 1018: “(...) il contenuto del precetto costituzionale” dell'art. 32 “può essere pienamente inteso solo se inserito nel più ampio contesto di tutela della persona umana delineata principalmente dagli artt. 2 e 3 Cost. La salute, infatti, non è un valore a sé stante; (...) concorre con altri valori fondamentali in rapporto di integrazione e reciproco condizionamento. Nell'art. 2 Cost. è consacrata la complessità assiologica della persona umana, restando implicitamente sottesa l'esigenza di bilanciamento”.

⁵ Sul tema dei diritti fondamentali, v., in generale, tra gli altri, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. 1, Torino, 2006; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006; P. CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018.

⁶ Così G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html

fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza” (Corte Cost., sent. 20/2017)⁷.

Ancora – la Corte ebbe modo di rilevarlo nella nota sentenza sul “caso Ilva” (sent. 85/2013) – “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre ‘sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro’ (sent. 264/2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’⁸ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona (...). Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

Le misure restrittive dei diritti e delle libertà fondamentali, in altre parole, onde essere pienamente compatibili con l’ordito costituzionale, debbono rispettare alcuni requisiti indefettibili: legalità, temporaneità, adeguatezza, proporzionalità⁹ e ragionevolezza¹⁰, sicché

⁷ Sui temi del bilanciamento, restano cristalline le pagine di F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, v. in particolare 33 ss: “(...) un bilanciamento tra principi costituzionali diversi (che positivizzano valori) e che implicano diritti e interessi costituzionalmente protetti, è proprio, connaturale, si direbbe, alla funzione legislativa. E’ il legislatore che opera le scelte e le traduce in discipline normative. Se però il bilanciamento legislativo privilegia troppo un principio (un valore, un diritto, un interesse) a scapito di altro o di altri, allora interviene la Corte con un ‘proprio’ bilanciamento, alla seconda potenza – metabilanciamento - , che si sovrappone al primo o per annullarlo (dichiarandolo incostituzionale) o per correggerlo (con interpretazione adeguatrice della norma di legge...). (...) Il ‘bilanciamento’ della Corte consiste in un giudizio che, caso per caso, dispone i principi costituzionali in una sorta di gerarchia mobile, per cui un principio è anteposto ad un altro per la soluzione del caso di specie (...)”.

⁸ Questa ricostruzione è stata accolta ormai anche dai giudici comuni. V., *inter alia*, sent. Consiglio di Stato, III sez., 20 ottobre 2021, n. 7045 (la quale, ricordiamo incidentalmente, ha confermato la validità della vaccinazione obbligatoria per il personale sanitario, in una prospettiva sensibile al principio costituzionale di solidarietà e alla tutela dei soggetti deboli bisognosi di cura e di assistenza a contatto con le predette categorie di lavoratori), che ribadisce l’esigenza di continuo bilanciamento tra i diritti e la connessa estraneità al quadro costituzionale delle logiche dei “diritti tiranni”.

⁹ Sul principio di proporzionalità come limite al “diritto di necessità”; v. R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, in *AIC Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali. Atti del XXXV Convegno annuale. 4 dicembre 2020*, Napoli, 2021, 187 ss.

La letteratura sul principio di proporzionalità è sterminata. Cfr., a titolo esemplificativo, A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, 2019; M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, Modena, 2015; A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, 2012; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza del giudizio costituzionale*, Milano, 2000; M. P. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; v. anche *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXV, 2009, Marsiglia, 2010.

¹⁰ Cfr. A. ALGOSTINO, *Covid-19, primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 116-125, la quale osserva come “trattandosi di restrizione di diritti fondamentali occorre che il bilanciamento conduca a tutelare nel massimo grado possibile con la preservazione del diritto alla salute gli altri diritti”, senza compromettere il godimento del contenuto essenziale dei diritti e delle libertà fondamentali. A titolo esemplificativo, l’A. osserva che il decreto interministeriale del 7 aprile 2020 “che chiude i porti alle navi che soccorrono i naufraghi, al di là dell’intrinseca irragionevolezza di distinguere a seconda dello stato di bandiera della nave, viola il diritto alla vita, il diritto alla salute, il principio di non refoulement e il diritto di asilo, nonché nello specifico il diritto dei naufraghi ad essere condotti in un porto sicuro, come sancito dalle norme di diritto internazionale, risultando irragionevole il bilanciamento con il diritto alla salute alla base dell’emergenza sanitaria; le esigenze legate all’epidemia di Covid-19, al più, potrebbero dar luogo a controlli sanitari e a provvedimenti di quarantena (in primo luogo a tutela delle persone

il “nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la «qualità e natura degli eventi»” (Corte Cost., sent. 127/1995) “deve essere rigorosamente rispettato”¹¹.

E non si ometta che “proporzionalità, adeguatezza e limitazione nel tempo sono, inoltre, oggetto di valutazione, secondo le rispettive competenze, da parte del giudice amministrativo e del giudice ordinario”¹² – i quali rappresentano pur sempre un primo “filtro” per l’ordinamento, anche in virtù dell’obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme. Di qui l’intrinseca delicatezza di ogni bilanciamento, così come di ogni ricorso ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza. Evitare che questi principi finiscano col trasformarsi in contenitori vuoti, da riempire di volta in volta secondo i criteri ermeneutici e i metodi di ragionamento dei singoli giudici, è, non a caso, una delle sfide maggiori per il diritto costituzionale.

Ancora, nella sentenza n. 58/2018, la Corte costituzionale ha cristallizzato “il principio che il diritto alla salute, lungi da essere un diritto assoluto, deve essere tutelato alla luce di un bilanciamento rispondente al criterio di ragionevolezza e proporzionalità, il quale consente, al contempo, di proteggere gli altri diritti strettamente connessi, che non potrebbero essere esercitati o perseguiti qualora venisse meno lo stesso diritto ex art. 32”¹³.

Le esigenze di tutela della salute pubblica, pertanto, e maggior ragione, non possono aprire la strada ad uno “stato di eccezione”¹⁴ o ad una “dittatura commissaria”¹⁵: il pericolo

soccorse)”. Si vedano anche E. DE MARCO, *Situazioni di emergenza sanitaria. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus*, in *Consulta OnLine* 2020, fasc. II, 377; A. FORMISANO, *Limiti e criticità dei sistemi costituzionali a fronte della emergenza Covid-19*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1-2020, 12.

¹¹ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 141.

¹² Così A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 35.

¹³ Così D'ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale e innovazione digitale*, Padova, 2022, 135.

¹⁴ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

¹⁵ Il richiamo è inevitabilmente a C. SCHMITT, *La dittatura*, Roma, 2006, traduzione a cura di A. Caracciolo. Sulla differenza tra stato di emergenza e stato di eccezione, anche alla luce del pensiero schmittiano, v., da ultimo, A. TISCI, *Il governo dell'emergenza e gli effetti sul sistema costituzionale*, in A. AMIRANTE, G. ROTONDO (a cura di), *Strutture sociali e governo del cambiamento nel contesto post-pandemico*, Napoli, 2022, 55-74. Per una recente ed accurata critica del pensiero schmittiano, v. J. C. MONOD, *Pensare il nemico, affrontare l'eccezione. Riflessioni critiche sull'attualità di Carl Schmitt*, trad. it. a cura di F. Mancuso ed E. C. Sferrazza Papa, Roma, 2023.

Sul rapporto necessità/eccezione, v. anche lo spunto di E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2020, 55-56: “sul piano logico, innanzitutto, non è agevole definire, nella teoria del diritto e della politica, l’eccezione rispetto alla regola. Se, infatti, l’eccezione è definita e regolata dal diritto, essa diventa regola, pur se applicabile in circostanze eccezionali. Il migliore esempio è quello di una regola costituzionale che preveda una procedura di emergenza per far fronte a gravi fatti o disordini interni che minaccino l’ordine costituzionale. Lungi dal costituire una eccezione, tale procedura è evidentemente prevista e regolata dal diritto e, quindi, parte dell’ordinamento giuridico. Anzi, essa è proprio la regola applicabile ai casi eccezionali. Si ripropone, qui, il medesimo dilemma posto agli ordinamenti giuridici dallo stato di necessità. Se lo stato di necessità è definito e regolato dal diritto, esso non costituisce una forma di eccezione rispetto a esso, ma sarà la regola del caso eccezionale. Tale regola è parte dell’ordinamento interno, e la sua applicazione termina non appena vengano meno i presupposti che l’hanno giustificata. Se, invece, l’eccezione si pone al di fuori dell’ordinamento, essa sarà, per propria natura, un fatto *extra ordinem*, non regolato dall’ordinamento e incompatibile con le sue regole. Tale sarebbe, ad esempio, un intervento militare non previsto da alcuna procedura di emergenza e, anzi, teso a mutare il regime politico. Anche se l’intervento militare fosse teso a reagire a un altro intervento *extra ordinem* – per esempio un colpo di Stato –, e mirasse, quindi, a ripristinare l’ordine giuridico violato e a ricostituire la pienezza delle prerogative costituzionali, esso sarebbe comunque un fatto rivoluzionario che inevitabilmente modificherebbe gli elementi strutturali dell’ordinamento preesistente. In altri termini, l’eccezione rimane un fatto *extra ordinem* sia che essa si rivolga contro il sistema costituzionale sia che essa muova in sua difesa. L’intervento non previsto dal diritto, ancorché teso a difendere o ripristinare l’ordine costituzionale leso, infatti, produrrebbe comunque una nuova regola costituzionale che contempli la liceità di un intervento militare al fine di reprimere una rivolta interna. Solo in apparenza, quindi, l’ordine costituzionale sarebbe ripristinato. Sostanzialmente, esso sarebbe

più grave, infatti, come ci insegna l'esperienza storica, risiede nella circostanza che le regole emergenziali tendono a sopravvivere “all'emergenza [stessa], normalizzando quella *deminutio* di libertà che costituisce il costo di ogni legislazione emergenziale”¹⁶.

Orbene, come è stato opportunamente sostenuto¹⁷, se è vero che i decreti legge adottati dal Governo sono stati esplicitamente motivati sulla base dei citati parametri di proporzionalità ed adeguatezza, è altrettanto vero, però, che “gli atti consequenziali adottati dal Governo nazionale e dalle istituzioni di governo territoriale”¹⁸ sono stati talora caratterizzati dalla presenza di un bilanciamento – sia consentito il giuoco di parole – decisamente “sbilanciato” (!) a favore della *salus rei publicae* e della “logica funzionale della prevenzione”¹⁹, non tenendo in debito conto il principio fondamentale della dignità della persona come alimento e presupposto indefettibile di tutti i diritti, ivi compresi il diritto alla vita e il diritto alla salute²⁰.

E se non mancano riserve rispetto alla citata “logica funzionale della prevenzione”, o per meglio dire rispetto alla sua pretesa assolutizzante, ancor più perplessità ingenera la logica della precauzione²¹, se è vero che – come Cass Sunstein ha da tempo ammonito – “il vero

leso, fors'anche irrimediabilmente; l'intervento non previsto dal diritto avrebbe istituito una sorta di garante di ultima istanza dell'ordinamento, che prima non esisteva”.

¹⁶ Così S. FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, 1, citato da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 141.

Anche per questo, “la Commissione di Venezia è intervenuta in diverse occasioni per ribadire che gli Stati membri del Consiglio d'Europa rispettino, durante una situazione di emergenza pubblica, alcuni *core elements* del *rule of law*, quali il principio di legalità e certezza del diritto, il meccanismo dei *checks and balances*, l'eguaglianza davanti alla legge e il principio di non discriminazione, il giusto processo e la garanzia di giudici indipendenti e imparziali. In generale, in considerazione delle deroghe che uno stato di emergenza può apportare al godimento dei diritti fondamentali e all'equilibrio dei poteri costituzionali, la Commissione ha sottolineato l'opportunità di costituzionalizzare gli stati di emergenza, di garantire l'effettività del sistema dei controlli, sia politici che giurisdizionali, di assicurare anche in tempo di crisi la continuità, la trasparenza, la correttezza e la completezza dell'informazione, non potendosi considerare illimitato il margine di apprezzamento riconosciuto alle autorità nazionali. Quanto all'impatto che gli stati di emergenza e, in particolare, l'emergenza sanitaria da Covid-19 possono produrre sul rispetto della democrazia, dei diritti fondamentali e del *rule of law*, la Commissione ha insistito sul fatto che ‘*Rule of law-compliant emergency powers have important in-built guarantees against abuse: the principle of necessity, of proportionality, of temporariness. Respect of these principles must be subject to effective, non-partisan parliamentary control and to meaningful judicial control by independent courts (...). The dichotomy between normalcy and exception which is at the basis of a declaration of the state of emergency does not necessarily entail and does not need to entail a dichotomy between effective action against the emergency and democratic constitutionalism or between protection of public health and the rule of law*’ (così V. PIERGIGLI, *Potere e stato di emergenza*, voce, in *Potere e Costituzione*, Enciclopedia del Diritto, Milano, 2023, 601-602).

¹⁷ V. BALDINI, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 165 ss.

¹⁸ Ivi, 170.

¹⁹ Ivi, 171.

²⁰ Sostiene A. FORMISANO, *Limiti e criticità dei sistemi costituzionali*, cit., 15-16, che esiste un diritto che assume un valore superiore e assoluto rispetto agli altri e in quanto tale inderogabile, come anche riconosciuto dall'art. 2 della CEDU, e questo viene rappresentato dal diritto alla vita, sicché nel caso di specie, non si discorre semplicemente del bilanciamento del diritto alla salute con gli altri diritti, in quanto il diritto alla salute diventa il presupposto per la garanzia del diritto alla vita che, secondo la Corte costituzionale, viene considerato il primo dei diritti inviolabili dell'uomo nonché “il presupposto per l'esercizio di tutti gli altri”: pertanto, le misure che sono state adottate e che attualmente progressivamente vengono adottate dal legislatore appaiono sicuramente legittime in quanto finalizzate a tutelare quel bene, la vita umana, che si trova al vertice della gerarchia dei diritti.

²¹ Su cui, di recente, v., in prospettiva di *favor* per il principio, A. BONAVITA, S. FATTORINI, M. MARCHEGIANI (a cura di), *Le situazioni emergenziali tra diritti e restrizioni. L'esigenza di un approccio precauzionale alla gestione delle emergenze*, Torino, 2022. La bibliografia sul tema è ormai vasta: a titolo esemplificativo, nella letteratura internazionale, si rinvia a A. TELESETSKY, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*, in *Australian Yearbook of International Law*, 2014, 182 ss.; N. DE SADELEER, *Le principe de précaution dans le monde:*

problema del principio di precauzione nella sua forma più stringente è l'incoerenza; concepito per indicare una strada da seguire, si rivela incapace di offrire una guida, perché mette all'indice le stesse misure di cui imporrebbe l'adozione"²²; per di più invocato finanche in assenza di prove certe di ragionevole pericolosità per ingigantire rischi, onde "assecondare determinate lobbies" (si pensi al caso della Sars) o per guadagnare consensi su politiche difficilmente condivisibili in sé e per sé (si pensi al caso della guerra in Iraq), esso si rivela non già una soluzione quanto piuttosto un ulteriore alimento per la "paura" collettiva, non a caso paragonata efficacemente ad un "incendio che divampa"²³.

Il principio di precauzione finisce, insomma, per anticipare oltremodo la soglia di intervento del legislatore (e della Pubblica Amministrazione) sino a ricomprendere "rischi potenziali".

Ma, così operando, il principio non può non "innescare un cortocircuito logico, perché qualsiasi decisione si pone come precauzionale rispetto ad un interesse ma al tempo stesso pregiudizievole di altri interessi in conflitto, pur sempre meritevoli di tutela"²⁴.

Peraltro, tale principio non ha un radicamento nel diritto costituzionale, ma trae la sua origine dal diritto internazionale e comunitario: consolidatosi dapprima nel diritto del commercio internazionale, ha poi trovato una espressa enunciazione nella Carta mondiale della natura adottata dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1982 e, successivamente, nella Dichiarazione di Rio, in seno alla Conferenza sull'Ambiente e lo sviluppo delle Nazioni Unite del 1992, ove se ne afferma la natura di principio legittimamente un approccio cautelativo da adottare in caso di rischio di danno grave o

le principe de précaution en droit international et en droit de l'Union européenne, Parigi, 2011; J. ZANDER, *The application of the precautionary principle: comparative dimensions*, Cambridge, 2010; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004.

²² C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, ed. it., Bologna, 2005, 27.

²³ Ivi, 125.

²⁴ Così F. SCALIA, *Il potere amministrativo nell'emergenza*, Torino, 2023, 64, il quale, riconoscendo l'incoerenza del principio di precauzione nella sua forma più stringente, come rilevato da Sunstein, invita a distinguere "tra la gestione del rischio, che riguarda qualsiasi ambito di attività e che può motivare i diversi ordinamenti a prescrivere approcci precauzionali a tutela degli interessi più vari, e il principio di precauzione quale canone affermatosi a presidio della tutela dell'ambiente nella sua accezione più lata, comprensiva del diritto alla salute, tale da sancire una tendenziale prevalenza di tale interesse sugli altri in conflitto. L'art. 191 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ha, infatti, indicato, al paragrafo 1, la protezione della salute umana fra gli obiettivi della politica comunitaria in materia ambientale e, al paragrafo 2, il principio di precauzione, quale obbligo giuridico di assicurare un elevato livello di tutela ambientale con l'adozione delle migliori tecnologie disponibili finalizzato ad anticipare la tutela, poi da apprestarsi in sede legislativa, a decorrere dal momento in cui si profili un danno da riparare, ai fini sia della sua prevenzione, ove possibile, sia del suo contenimento in applicazione del principio di precauzione, donde la rilevanza di quest'ultimo principio generale, anche nel settore della salute, con una valenza non solo programmatica, ma direttamente imperativa nel quadro degli ordinamenti nazionali, vincolati ad applicarlo qualora sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone. L'art. 191, paragrafo 2, citato, contempla, però, il principio di precauzione non come un principio 'assoluto', ma come uno dei principi su cui si fonda la politica ambientale dell'Unione, la quale, ai sensi del paragrafo 3 dello stesso articolo, deve tener conto, oltre che dei dati scientifici e tecnici disponibili, delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione, dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione e dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni. Coerentemente, la Commissione europea, nell'indicare i principi generali di una buona gestione dei rischi, sulla base dei quali vengono legittimamente adottate misure precauzionali, pone al primo posto la 'proporzionalità', quindi la 'non discriminazione', la 'coerenza', l' 'esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dalla mancata azione' e l' 'esame dell'evoluzione scientifica'. Pare evidente, però, come tali principi siano tutti predicato o esplicazione del primo, il principio di proporzionalità, di cui il principio di precauzione costituisce un importante paradigma".

irreversibile, anche in assenza di una piena certezza scientifica; il principio ha trovato, ancora, una sua consacrazione normativa anche nell'art. 191 TFUE (già art. 174 TCE).

Nel diritto dell'Unione Europea, il principio di precauzione, invero, aveva trovato un primo riconoscimento giurisprudenziale già nel corso degli anni Ottanta, con riguardo a casi di misure restrittive del commercio intracomunitario basate su conoscenze scientifiche incerte.

“Si trattava, tuttavia, di un *acquis* giurisprudenziale scarso (e non privo di contraddizioni) e solo nel 1993, in virtù delle modifiche apportate dal Trattato di Maastricht al Trattato di Roma, il principio di precauzione ha incontrato formale riconoscimento nell'ambito della politica comunitaria dell'ambiente. Le modifiche così introdotte hanno rafforzato le enunciazioni programmatiche e le disposizioni sostanziali relative alla politica ambientale, favorendo l'integrazione di valutazioni e precetti attinenti allo sviluppo economico nel contesto dei principi applicabili alla tutela dell'ambiente, in linea con l'esperienza maturata sul piano internazionale. Il Trattato di Maastricht, tuttavia, non ha definito le caratteristiche ed i presupposti di applicazione del principio di precauzione. A ciò ha provveduto la comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, che attribuisce al principio un campo di applicazione molto ampio”²⁵.

Secondo la comunicazione della Commissione, “anche se nel Trattato il principio di precauzione viene menzionato esplicitamente solo nel settore dell'ambiente, il suo campo di applicazione è molto più vasto. Esso comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive e incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e la salute umana, animale e vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto”²⁶.

²⁵ Così L. MARINI, “Progresso”, *sicurezza e Unione europea: la distanza (di precauzione) che li separa*, in F. PIZZOLATO – P. COSTA (a cura di), *Sicurezza e tecnologia*, Milano, 2017, 144-145.

²⁶ Sul rapporto precauzione/emergenza/ambiente e sostenibilità, v., da ultimi, A. F. URICCHIO – P. MANNO, *Le emergenze energetiche tra crisi geopolitica e questione ambientale*, Soveria Mannelli (CZ), 2023. L'approccio precauzionale è strettamente collegato alla valenza “pluridimensionale” della sostenibilità, intesa – come già si era affermato nel celebre summit di New York del 2005 – come: a) *sostenibilità ambientale*, cioè la capacità di mantenere la qualità, la riproducibilità e la disponibilità delle risorse naturali; b) *sostenibilità economica*, intesa come la capacità di garantire efficienza economica e di generare reddito e lavoro; e, infine, al contempo come c) *sostenibilità sociale*, vale a dire la capacità di garantire la qualità della vita e le condizioni di benessere umano legate a sicurezza, salute, istruzione, democrazia, partecipazione, giustizia. È la logica, insomma, delle tre “e”: *equity*, *efficiency*, *environmental protection* (*equità* – che corrisponde alla dimensione sociale –, *efficienza* – che corrisponde a quella economica –, *ecologia* – corrispondente alla dimensione *stricto sensu* ambientale).

Il tema dell'approccio precauzionale è strettamente connesso, nella prospettiva coltivata dagli autori, alla questione della sicurezza (anche entro il più ampio quadro geopolitico): in tal senso, precauzione e sicurezza nazionale sono intimamente connessi, in particolare sul piano della sicurezza energetica, incentrata sulla stabilità degli approvvigionamenti e sull'accessibilità economica delle forniture. Ciò conferma, dal punto di vista del costituzionalista, una tendenza generale dello Stato contemporaneo, cioè la trasformazione – nel senso di un arricchimento e di una specificazione – del concetto di sicurezza, nel senso che esso va assumendo una duplice connotazione, quella oggettiva della *salus rei publicae* e quella soggettiva del diritto individuale (che, sin dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, era considerato nel novero dei “diritti naturali ed imprescrittibili” insieme alla libertà, alla proprietà e alla resistenza all'oppressione): orbene, gli ultimi lustri hanno visto mutare gradualmente, nel senso di un approfondimento della nozione, l'idea di sicurezza, sia dal punto di vista del diritto interno che del diritto internazionale, comprendendo, accanto alla tradizionale dimensione politica (e militare), anche l'aspetto economico, quello ambientale, quello sanitario (com'è evidente, per esempio, nelle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite sull'Ebola del 2014 e sul Covid nel 2020) e, appunto, quello energetico ed ambientale, che oggi – anche

Nella crisi pandemica²⁷, il principio di precauzione, sulla scia della disciplina di matrice internazionalistica, ha costituito “dapprima il presupposto sulla base del quale giustificare

alla luce dei risvolti conflitto in atto in Ucraina – assume un’importanza cruciale per il futuro delle nostre economie, come scrive Manno quando ne parla come di un “elemento imprescindibile per le società resilienti”. E, tra queste accezioni che oggi va assumendo il concetto di sicurezza, assai opportunamente gli autori inseriscono anche quella della “sicurezza informatica”, strettamente correlata – nell’era della digitalizzazione delle economie – con quella energetica, come evidenziato dal Report “*Cyber Risk Indication*” del Settore Energia Italiano di Swascan (sebbene, sul punto, la sensibilità del legislatore sia arrivata piuttosto in ritardo, come dimostrerebbe anche lo stesso Perimetro di sicurezza nazionale adottato con Dpcm 30 luglio 2020).

Ora, se vogliamo, questo ampliamento del concetto di sicurezza da un lato prende atto delle plurime declinazioni delle problematicità e delle sfide di un mondo globale, e al contempo riempie di contenuto la logica della “protezione” insita nella stessa missione fondamentale dello Stato moderno (se è vero che – come scriveva Carl Schmitt ne “*Il concetto di politico*” – il “*protego ergo obliquo*” è il “*cogito ergo sum*” dello Stato), e che, dall’altra parte, però, nella sua spinta espansiva, rischia di legittimare torsioni securitarie di ogni aspetto della vita sociale interna e internazionale e, contestualmente, di svuotare se stesso di contenuto; se tutto è sicurezza, allora niente è sicurezza – come avverte Alessandro Colombo nel suo recente volume “*Il governo mondiale dell'emergenza*” (Franco Angeli, Milano, 2022) - ed ecco, allora, che si manifesta la precarietà “insicura” di un mondo senza vere coordinate di riferimento.

La “strategia energetica europea” – articolata (come ricorda l’Autore) nei pilastri della sicurezza energetica, della fiducia, della solidarietà, dell’efficienza, della decarbonizzazione dell’economia, dell’integrazione del mercato europeo del settore, dell’innovazione, della competitività e della ricerca – risponderebbe così sia ad una sfida nuova, nel contesto della transizione ecologica, sia ad un bisogno di solidarietà in ideale continuità con le radici stesse del progetto comunitario. L’Europa, quindi, è chiamata a giocare le sue partite strategiche, anche nel settore dell’ambiente e dell’energia, soprattutto in un contesto di transizione (come quello attuale), caratterizzato da una crescente tendenza verso un assetto multipolare dell’ordine internazionale, sia sul piano politico sia sul piano economico, con la possibile definizione di mercati regionali delle materie prime con valute di riferimento differenti.

Anche il legislatore nazionale, chiaramente, si trova ad essere chiamato a rispondere a queste sfide: sotto questo profilo, l’accorpamento – nell’ambito del nuovo Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica – delle funzioni tradizionali del Ministero dell’Ambiente con quelle di politica energetica e mineraria svolte dal MISE (opportunamente ricordato dall’Autore) rappresenta un importante passo in avanti per inquadrare la politica energetica nell’ottica della transizione ecologica dell’economia.

²⁷ Secondo F. LAUS, *L’amministrazione del rischio. Tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, Padova, 2023, 229-231, “il riferimento ai principi di precauzione, proporzionalità e ragionevolezza chiama in gioco anche la qualità della legislazione in materia di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell’amministrazione pubblica e l’organizzazione e gestione che ne discende. L’emergenza da pandemia ha messo in evidenza punti di criticità e fragilità di sistema nel momento in cui l’amministrazione, per prendere delle decisioni, deve leggere e valutare dati che sono, a loro volta, il frutto di un’attività di raccolta e di elaborazione progressiva e di difficile controllo. Un sistema informativo statistico e informatico a servizio dei decisori pubblici dovrebbe consentire di poter aggregare e disaggregare dati e informazioni, in modo da avere costantemente monitorata la situazione nella sua evoluzione, sia su scala nazionale che su distinte scale territoriali, quanto meno coincidenti ai livelli istituzionali territoriali. (...) Sebbene il principio di precauzione non sia mai stato espressamente nominato nella normativa connessa alla pandemia, certamente tale principio ha rappresentato il fondamento dei d.p.c.m. 9 marzo 2020 e 11 marzo 2020, con i quali erano state imposte misure fortemente compressive delle libertà dei cittadini, non solo di circolazione. Tuttavia, è stato osservato che in nessuno dei primi provvedimenti emergenziali è stato possibile riscontrare un sia pur minimo cenno alla (invero necessaria) valutazione scientifica del rischio connesso a misure precauzionali così stringenti e mai prima conosciute nei confronti dell’intera popolazione italiana. Sotto questo aspetto, è stato rilevato il paradosso tra il continuo richiamo alle indicazioni della scienza da parte dei rappresentanti del governo e l’assenza del (necessario) riferimento proprio alla valutazione scientifica del rischio nelle misure precauzionali adottate dallo stesso governo. A questo paradosso si correla una conseguenza giuridica: l’omessa valutazione del rischio costituisce violazione del principio di precauzione e, inevitabilmente, rischiava di incidere sulla stessa legittimità dei provvedimenti precauzionali, pur adottati in situazioni emergenziali. Successivamente, invero, è stata affidata la valutazione del rischio al Comitato tecnico-scientifico e ogni provvedimento del Governo, per due anni, si è basato sulle determinazioni da esso provenienti, ma le limitazioni contenute nelle misure precauzionali sono state adottate sulla base di una valutazione scientifica del rischio che, tuttavia, i cittadini non hanno conosciuto, nonostante il rispetto della trasparenza di tale valutazione sia estremamente importante. Ciò considerato, sebbene rispettivamente distinguibili, e con nature distinte, poteri emergenziali e poteri precauzionali possono intrecciarsi, quando all’emergenza e al pericolo imminente si affiancano rischi caratterizzati da un certo grado di incertezza. Occorre, infine, ricordare che l’adozione di misure precauzionali richiede il rispetto rigoroso dell’iter che la giurisprudenza, la dottrina e, soprattutto, la normativa europea hanno delineato, a partire dalla Comunicazione della Commissione del 2000, senza che lo stato di emergenza possa consentire alcuna deroga”.

l’emanazione di una ‘legislazione di emergenza’ in cui la temporanea e parziale compressione di diritti fondamentali ha trovato una giustificazione nell’esigenza preminente di assicurare la tutela del diritto alla salute nella sua dimensione individuale e collettiva e, in un secondo momento, ha permeato le decisioni con le quali è stata confermata la piena ragionevolezza e legittimità delle limitazioni imposte dal legislatore al fine di contenere il diffondersi del contagio”²⁸.

Il principio di precauzione, allora, come si diceva, si rivela, nella sua forma più stringente, incoerente, peraltro misurandosi con una scienza che “non dice più verità, sebbene provvisorie, come faceva un tempo, ma invece ha per statuto epistemologico l’incertezza”²⁹.

Se neanche “la scienza produce certezza, almeno nei tempi della decisione politica”³⁰, a questo punto “*new decision making styles are necessary. These will incorporate the management of uncertainty, and acknowledge the value-ladenness of science as well as the instrumental and sometimes manipulative use of scientific arguments*”³¹.

Se, quindi, “l’incertezza, pur senza generalizzarsi, si istituzionalizza, lo stesso principio di precauzione non appare più una guida indiscussa, anzi diventa potenziale generatore di paralisi ritenute insostenibili, e cede campo a un differente criterio di esposizione necessaria e calcolata al rischio. L’insicurezza diviene la condizione di rischio strutturale di una società tecnologica. Se infatti la ‘conoscenza scientifica è incerta perché le sue capacità di generalizzazione sono continuamente esposte al rischio della non sicurezza’ e ‘la scienza costitutivamente non risponde più al paradigma della conoscenza sicura’, tutto cambia, perché ‘non c’è più un esperto, questi vale quanto l’interesse di una comunità di cittadini a non avere le antenne per telefonia mobile sul proprio palazzo. A questo punto si gioca tutto sulla negoziazione degli interessi e non più sulla disponibilità di una verità saputa’ ”³².

L’approccio precauzionale, a ben vedere, si segnala quale un tratto caratterizzante la c.d. democrazia immunitaria, tendente sempre di più alla *fobocrazia*³³, innescando il paradosso di un modello basato sulla sicurezza della libertà individuale, ma che in nome di questa stessa libertà da garantire, da “immunizzare”, è suscettibile di produrre esiti illiberali.

Nella modernità matura sembra così valere un “modello che, dopo essersi sviluppato nella democrazia americana, si è andato diffondendo nel mondo occidentale e occidentalizzato. Si può sintetizzare nella formula: *noli me tangere*. È tutto quel che il cittadino esige dalla democrazia: non toccarmi. Persone, corpi, idee devono poter esistere, muoversi, esprimersi, senza essere toccati, senza cioè venire inibiti, costretti, interdetti da un’autorità esterna. Almeno finché non sia proprio inevitabile. Tutta la tradizione del pensiero politico liberale ha insistito su questo concetto negativo di libertà. Non si chiede partecipazione; si

²⁸ Così C. IPPOLITI MARTINI, *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2022, 138-139.

²⁹ Così B. MONTANARI, *Presentazione del convegno*, in ID., *Scienza, Tecnologia & Diritto*, Milano, 2006, XIV.

³⁰ Così F. PIZZOLATO, *Il costituzionalismo alla prova della tecnica: libertà, uguaglianza e sicurezza*, in F. PIZZOLATO – P. COSTA (a cura di), *Sicurezza e tecnologia*, cit., 40.

³¹ A. GUIMARAES PEREIRA – S. FUNTOWICZ, *Introduction. Science for Policy: Opportunities and Challenges*, in ID. (a cura di), *Science for Policy. New Challenges, New Opportunities*, Oxford - New Delhi, 2009, 10.

³² Così F. PIZZOLATO, *Il costituzionalismo alla prova della tecnica: libertà, uguaglianza e sicurezza*, cit., 40-41, che cita, a sua volta, B. MONTANARI, *Presentazione del convegno*, cit., XV.

³³ D. DI CESARE, *Virus sovrano? L’asfissia capitalistica*, Torino, 2020, 44.

pretende invece protezione. Se al cittadino greco interessava la condivisione del potere pubblico, al cittadino della democrazia immunitaria preme anzitutto la propria sicurezza. Si può dire che sia proprio questo il limite più grave del liberalismo che confonde così garanzia e libertà”³⁴.

E, ancora, “il cittadino della democrazia immunitaria, a cui è preclusa l’esperienza dell’altro, si rassegna a seguire ogni regola igienico-sanitaria e non ha difficoltà a riconoscersi paziente. Politica e medicina, ambiti eterogenei, si sovrappongono e si confondono. Non si sa dove finisca il diritto e dove cominci la sanità”.

“L’azione politica tende ad assumere modalità medica, mentre la pratica medica si politicizza (...). Il cittadino-paziente, più paziente che cittadino, benché possa godere apparentemente di difese e protezioni, e giovare di una vita nella zona del mondo a condizione anestetico-immunitaria, non potrà non interrogarsi sugli esiti di una democrazia medico-pastorale, non potrà non guardare con inquietudine al sopravvento della reazione autoimmune”³⁵.

In effetti, già Erhard Denninger, nella riflessione giuspubblicistica, aveva rilevato, sulla scorta dell’elaborazione di Ulrich Beck sulla “società del rischio”³⁶, che sicurezza e prevenzione sono andate atteggiandosi, nel tempo, rispettivamente “a fine e metodo dell’azione pubblica secondo un equilibrio con le garanzie proprie dello Stato di diritto”³⁷.

Tuttavia, “una massimizzazione dell’istanza securitaria e, con essa, l’accentuazione del ricorso alla prevenzione reca in sé il pericolo di un declivio verso un assetto degenerato di *Präventionsstaat*, come tale destinato a segnare una cesura con il modello dello Stato costituzionale di diritto”: “un tale agire in prevenzione nella prospettiva di anticipare la soglia dell’intervento rispetto al concretarsi di una situazione di pericolo, infatti, manifesta

³⁴ Ivi, 33-34.

³⁵ Ivi, 39-40.

³⁶ U. BECK, *La società del rischio*, trad. it., Roma, 2000.

Le dinamiche della società del rischio sono poste in stretta connessione con l’emergenza come paradigma di governo da V. DE LUCA, *Lo stato globale di emergenza*, Milano, 2022, in particolare 116-118, il quale rileva che “il diritto globale dell’emergenza, quale prodotto della sovranità tecnico-finanziaria, mira a ‘destituire’ la legge dal trono della sovranità popolare, disapplicandola e rendendola impotente, fino al punto di trasfigurarla nel suo contrario come volto dell’anomia. La legge che si sospende e viola sé stessa, sacrificando le libertà fondamentali e violando i diritti inviolabili, non è più in grado di garantire i suoi stessi presupposti e, dunque, non può essere né creduta, né obbedita. Siamo di fronte ad un’eterogeneità dei fini con un esito paradossale che rappresenta il mondo capovolto da cui guardare le contraddizioni e le ambivalenze del nostro tempo. L’emergenza economica diventa il fattore temporale della produzione economica e consumo di un diritto globale che, invece di garantire ordine e prevedibilità, si adegua al rischio e alla contingenza connessi allo svolgimento degli scambi che accrescono in modo esponenziale, sotto la spinta delle nuove tecnologie e dell’innovazione finanziaria. Il diritto deve alimentare uno stato di eccezione continuo per produrre norme emergenziali e provvedimenti d’urgenza che non hanno un valore in sé, né principi ultimo, ma solo lo scopo pratico di adattarsi e accelerare il cambiamento. Ciò significa che lo stato di eccezione normalizzato, guidato dall’apparato tecnico-scientifico e dal capitalismo immateriale, rappresenta la forma planetaria dell’impotenza della legge che, sospendendosi e disapplicandosi al caso concreto, si ritrae e si svuota di ogni contenuto per essere riempita nuovamente dagli interessi dominanti che hanno ‘successo’ nello scontro tra forze rivali. Le leggi eccezionali, espressioni di nuovi poteri, diventano così nuove norme che iniettano principi ed ambiti propri di disciplina. Lo stato di eccezione non è altro che questa tensione continua tra norma e decisione, che cela l’avanzare di poteri riluttanti, che si ergono contro l’impotenza dello Stato nel contenere e trattenere l’impeto degli eventi”. In quest’ottica analitica, quindi, l’emergenza da Covid-19 verrebbe a rappresentare, plasticamente, proprio il paradigma della nuova “eccezione globalizzata e continuata” (ivi, 227).

³⁷ Così V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, cit., 93, a proposito di E. DENNINGER, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, in ID., *Recht in globaler Unordnung*, Berlino, 2005, 223 ss.

un'incompatibilità con la logica funzionale dello stato costituzionale di diritto", atteso che la logica della prevenzione "tende ad essere massimalista e scevra da ogni bilanciamento con interessi concorrenti nella prospettiva di arginare anche il rischio solo potenziale di un accadimento"³⁸.

Al contrario, tornando al punto da cui si erano prese le mosse, non bisogna obliare l'essenza del bilanciamento nello Stato costituzionale di diritto, sicché, con riguardo al caso specifico della salute – come la Corte Costituzionale ha opportunamente sottolineato, ancora, nella citata sentenza 85/2013 – la tesi, secondo la quale – muovendo da un'enfaticizzazione del dato letterale – l' "aggettivo fondamentale, contenuto nell'articolo 32 della Costituzione sarebbe rilevatore di un carattere preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona", non è affatto convincente³⁹ e va, pertanto, fermamente respinta, non potendo ravvisarsi nella nostra Carta Costituzionale una gerarchia tra diritti fondamentali.

Si può, a questo punto, proseguire il ragionamento, lungo un assunto di primaria importanza, che la comunità dei giuristi non può (e non deve) affatto obliterare: la "fondamentalità" riconosciuta espressamente al diritto alla salute dall'articolo 32 della Costituzione, insomma, non autorizza la sua "tirannia" – parafrasando ancora la Corte Costituzionale – sugli altri diritti costituzionalmente garantiti, né giustifica, *a fortiori*, una visione distorta del bilanciamento, ché anzi rischia di snaturarlo e di annullarne la profonda essenza garantista.

2. Un esempio emblematico: il sacrificio (sproporzionato) della libertà religiosa

Volendo applicare queste considerazioni di ordine generale ad una vicenda in particolare, non si può non osservare, per esempio, quanto la libertà religiosa⁴⁰, *sub specie* di libertà di culto *ex art. 19 Cost.*, sia stata completamente sacrificata, al punto che si possa affermare che ne sia stato leso il contenuto essenziale (ovvero, in altre parole, che il bilanciamento operato dal legislatore emergenziale sia stato sproporzionato ed irragionevole).

Com'è noto, bisogna partire dal presupposto che, come la Corte costituzionale ha statuito proprio in materia di restrizioni al diritto di libertà religiosa, le "limitazioni di diritti fondamentali della persona di rilievo costituzionale" sono ammissibili solo in presenza di

³⁸ V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, cit., 93.

³⁹ Sul punto, cfr. I. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, 17. *Contra*, l'orientamento dottrinale antecedente alla sent. 85/2013, accolto, tra gli altri, da P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 2.

⁴⁰ Sul tema, v., tra i tanti, A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta Online*, 14 aprile 2020; i numerosi contributi presentati al webinar del 30 aprile 2020 su *La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19*, pubblicati in *Il diritto ecclesiastico*, 1-2, 2020; G. CHIARA, *Brevi notazioni sulle restrizioni della libertà di culto al tempo della pandemia*, in *Diritto e religione*, 2/2020, 85-96; F. ALICINO, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 19/2020; G. CASUSCELLI, *Gli "effetti secondari" (ma non troppo) della pandemia sul diritto ecclesiastico italiano e le sue fonti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 8/2021; v. anche i contributi citati alla precedente nota 26.

un “rapporto chiaro di stretta strumentalità e proporzionalità rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti” (Corte cost., sent. 67/2017).

Il principio di proporzionalità, allora, impone di “valutare se la norma oggetto di scrutinio, potenzialmente limitativa di un diritto fondamentale (...) sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva di applicare sempre quella meno restrittiva dei diritti individuali e imponga sacrifici non eccedenti quanto necessario per assicurare il perseguimento degli interessi contrapposti” (Corte cost., sent. 63/2016).

A fronte del divieto totale delle attività di culto, allora, ci sarebbero state misure restrittive alternative, idonee a realizzare obiettivi di tutela della salute pubblica, senza sacrificare oltremodo la libertà religiosa?

Molto probabilmente sì, a meno di non voler sostenere che fare la spesa al supermercato (attività libera in tempo di *lockdown*) ha un valore costituzionale (e sociale) più elevato della partecipazione ad una cerimonia religiosa.

D'altronde, assai opportunamente in Francia il *Conseil d'Etat*, con sentenza del 18 maggio 2020⁴¹, ha ritenuto l'analogo divieto generale e assoluto di riunioni all'interno dei luoghi di culto previsto dal legislatore d'Oltralpe decisamente “sproporzionato” (salvo che per le cerimonie funebri) rispetto al fine di tutela della salute pubblica, oltre che “gravemente” e “manifestamente” lesivo di una componente essenziale della libertà di culto, ordinando di conseguenza al Primo Ministro di adottare misure “rigorosamente proporzionate ai rischi” per la salute e “adeguate alle circostanze del momento e del luogo”.

Oltretutto, la disciplina emergenziale della prima metà del 2020 ha ignorato l'esistenza delle fonti del diritto ecclesiastico di derivazione bilaterale, per come scolpite negli artt. 7, comma 2 (quanto agli accordi con la Chiesa cattolica), e 8, comma 3 (intese con le confessioni acattoliche), della Costituzione repubblicana⁴².

La sospensione dei culti incide, infatti, su un diritto strettamente connesso all'autonomia organizzativa delle confessioni religiose, come del resto appare in maniera evidente dall'art. 2 degli Accordi di Villa Madama del 1984 e da similari disposizioni contenute nelle intese con confessioni acattoliche, ove viene richiamato il “pubblico esercizio del culto”.

Le misure restrittive adottate nella prima fase della pandemia, dunque, hanno inciso in maniera sostanziale sul potere della Chiesa e delle confessioni di “regolare la sacra liturgia”, che dipende “unicamente dall'autorità ecclesiastica”⁴³, con ciò violando il principio costituzionale di bilateralità, posto a presidio della stessa laicità dello Stato.

Principio di bilateralità, che la stessa Corte costituzionale ha più volte enunciato come espressione dello strumento prescelto dai Costituenti per la regolazione degli aspetti che si collegano alle specificità di ogni confessione religiosa o che richiedono deroghe al diritto

⁴¹ Sentenza richiamata da A. LICASTRO nella *Relazione Introduttiva* al webinar del 30 aprile 2020 su *La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19*, pubblicata in *Il diritto ecclesiastico*, 1-2, 2020, 31 ss.

⁴² Posizione condivisa da A. RICCARDI, *La Chiesa brucia? Crisi e futuro del cristianesimo*, Roma-Bari, 2021, in particolare 168 ss.

⁴³ M. CARRER, *Salus rei publicae e salus animarum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista italiana di Biodiritto*, 16 marzo 2020.

comune, in stretta connessione col principio di eguale libertà delle confessioni religiose (v. sentt. 235/1997 e 346/2002).

Molte criticità di sistema, com'è palese da queste succinte considerazioni, ha dunque destato il notevole ritardo con cui il Governo (solo a partire dal maggio 2020) ha adottato i protocolli sanitari⁴⁴ d'intesa con la Chiesa cattolica e con le confessioni acattoliche.

Tali protocolli, infatti, “concernono una materia che tocca da vicino le specificità spirituali, più intime ed esclusive delle formazioni religiose, che l'emergenza normativa ha fatto emergere a esigenza dell'ordinamento generale chiamando in gioco una sorta di ‘collaborazione inter-ordinamentale’ ”⁴⁵.

3. La quarantena obbligatoria e la sentenza n. 127/2022 della Corte costituzionale

Tra le principali misure restrittive cui si è assistito durante le fasi più acute dell'emergenza sanitaria rientra certamente la quarantena obbligatoria per le persone infette dal virus Covid-19, prevista sin dai decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020, con i quali è stata costruita – come si è analizzato – l'“impalcatura” giuridica della gestione della pandemia.

Ed è sin dal principio, in effetti, che emergono le prime questioni in ordine alla configurabilità giuridica della quarantena obbligatoria, e – segnatamente – i dubbi sull'inquadramento di siffatta misura restrittiva ora entro l'art. 13 Cost. ora entro l'art. 16 Cost.

In buona sostanza, emergeva la domanda se la quarantena obbligatoria dovesse essere considerata alla stregua di una misura restrittiva della libertà personale – come tale suscettibile di ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., con le guarentigie che ne conseguivano (riserva di legge assoluta, riserva di giurisdizione, possibilità di ricorso in Cassazione avverso provvedimenti restrittivi della libertà personale) – o, invece, semmai, come una misura limitativa della sola libertà di circolazione – con la connessa applicabilità dell'art. 16 Cost., il quale prevede, quali guarentigie per l'individuo, la sola riserva di legge (assoluta e rinforzata per contenuto) e non la riserva di giurisdizione.

Si trattava, evidentemente, di un problema costituzionale di prim'ordine, dai risvolti pratici importanti: difatti, come è stato rilevato in dottrina, in sede di commento dell'art. 16 Cost., “[...] che un determinato provvedimento rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., ovvero dell'art. 16 Cost., è questione tutt'altro che platonica, ma dalle rilevanti implicazioni pratiche, atteso che soltanto la libertà personale è garantita anche agli stranieri; solo le restrizioni di questa richiedono l'intervento dell'autorità giudiziaria; solo contro

⁴⁴ Il primo protocollo di sicurezza *circa la ripresa delle celebrazioni con il popolo* risale al 7 maggio 2020 ed è stato sottoscritto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Presidente della Cei e dal Ministro dell'Interno.

⁴⁵ E. CASTORINA, *Libertà di culto, confessioni religiose e principio di bilateralità: i “protocolli sanitari” per il contrasto alla pandemia da Covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, 581-582.

questi provvedimenti restrittivi è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge (art. 111, 7 Cost.)⁴⁶.

Ed è proprio questa la problematica al centro della sentenza n. 127/2022 della Corte costituzionale, con la quale i giudici delle leggi hanno fatto chiarezza proprio in ordine alla natura giuridica della quarantena obbligatoria e, correlativamente, sugli ambiti di applicazione degli artt. 13 e 16 della Costituzione.

La Corte costituzionale è stata chiamata a decidere intorno alla questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 6, e 2, comma 3, del d.l. 33/2020, convertito con modificazioni in legge 74/2020, promossa dal Tribunale ordinario di Reggio di Calabria, sezione penale, in costanza di un giudizio direttissimo a carico di un imputato per la violazione – penalmente qualificata come contravvenzione – delle norme sulla quarantena obbligatoria.

La prima delle norme censurate (art. 1, comma 6, d.l. 33/2020) stabilisce, infatti, che “(è) fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell’autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus COVID-19, fino all’accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata”.

La seconda delle norme oggetto d’impugnazione (art. 2, comma 3, d.l. 33/2020) aggiunge, poi, che “salvo che il fatto costituisca reato punibile ai sensi dell’articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all’articolo 1, comma 6, è punita ai sensi dell’articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265”: da ciò emerge, quindi, la sua natura di contravvenzione punita – giusta la modifica operata dal d.l. 19/2020 all’art. 260 del Testo unico delle leggi sanitarie – con l’arresto da 3 a 18 mesi e con l’ammenda da 500 a 5000 euro (in luogo della precedente pena dell’arresto sino a 6 mesi e dell’ammenda da 200 a 4000 lire).

La rilevanza della questione prospettata dal giudice a quo era confermata dal fatto che le norme censurate avrebbero trovato applicazione nel giudizio direttissimo a carico dell’imputato per la violazione della quarantena obbligatoria, mentre la non manifesta infondatezza era fatta discendere dalla sostanziale equivalenza tra la misura restrittiva dell’autorità sanitaria e le sanzioni degli arresti o della detenzione domiciliare (sul preteso presupposto, cioè, di un loro contenuto “assolutamente identico”): nell’argomentazione del giudice rimettente, allora, come gli arresti o la detenzione domiciliare rappresentano misure restrittive della libertà personale, alla stregua dell’art. 13 Cost., con la conseguente applicazione delle guarentigie ivi previste (riserva assoluta di legge, riserva di giurisdizione, ricorribilità in Cassazione per violazione di legge), così, del pari, il divieto di mobilità oggetto di causa avrebbe dovuto essere considerato una limitazione della libertà personale ai sensi dello stesso art. 13.

In particolare, secondo il giudice *a quo*, la quarantena obbligatoria non potrebbe essere annoverata nel quadro delle misure limitative della libertà di circolazione (oggetto dell’art.

⁴⁶ Così L. CASTELLI, *Art. 16*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2021, vol. 1, 123.

16 Cost.), non essendo configurata alla stregua di una “limitazione negativa” in relazione a determinati luoghi, ma quale “limitazione positiva” legata alla persona medesima.

Per il Tribunale di Reggio di Calabria, cioè, il divieto di mobilità discendente dalla quarantena obbligatoria non poteva essere inteso in termini di “divieto di recarsi in determinati luoghi”, quanto piuttosto alla stregua di un “divieto di muoversi” in capo a soggetti determinati.

Da questa ricostruzione (piuttosto discutibile, come si vedrà), si faceva discendere, conseguentemente, la pretesa applicabilità dell’art. 13 Cost., in luogo dell’art. 16 Cost., con la correlata necessità di un provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria (in conformità alla riserva di giurisdizione prevista dall’art. 13) o, quantomeno, di una convalida da parte dell’autorità giudiziaria medesima. Di qui, in buona sostanza, la lamentata violazione dell’art. 13 Cost.

Ora, è lo stesso accostamento – anzi, la pretesa equivalenza – tra la quarantena obbligatoria e le misure sanzionatorie penali degli arresti e della detenzione domiciliare ad essere opportunamente messo in discussione dalla Corte costituzionale nella pronuncia in commento.

Un conto, infatti, è far riferimento a sanzioni “proprie del diritto penale”, “la cui applicazione è inscindibilmente connessa ad una valutazione individuale della condotta e della personalità dell’agente” – che richiedono l’intervento dell’autorità giudiziaria all’uopo competente – altro è, evidentemente, il richiamo all’applicazione del divieto di mobilità discendente dalla quarantena obbligatoria, la cui “ratio” non è affatto penalistica (sebbene poi la violazione del divieto medesimo integri, per il legislatore emergenziale, una contravvenzione) ma risiede nella tutela della salute pubblica, intesa – secondo le consolidate letture dottrinali – come protezione della salute dei terzi.

Arresti e detenzione domiciliare sono perciò misure restrittive della libertà personale, assoggettate non soltanto alla riserva assoluta di legge ma altresì alla riserva di giurisdizione – ricadendo nell’ambito di applicazione dell’art. 13 Cost. – mentre invece la cosiddetta quarantena obbligatoria, non facendo seguito ad alcun tratto di illiceità riconducibile alla condotta della persona (*rectius* alla valutazione di un tratto di illiceità), anche soltanto presunta o supposta, è conseguente ad un dato meramente oggettivo, cioè al *fatto* della malattia a seguito del contagio per la diffusione di un agente patogeno.

All’applicazione della quarantena obbligatoria, quindi, soggiace un dato obiettivo, “neutro sul piano della personalità morale e della pari dignità sociale” – osserva la Corte –, che cioè prescinde da qualsivoglia valutazione di illiceità della condotta del soggetto.

Ora, è pur vero che “la facoltà di autodeterminarsi quanto alla mobilità della propria persona nello spazio, in linea di principio, costituisce una componente essenziale sia della libertà personale, sia della libertà di circolazione”: purtuttavia – prosegue la Corte – “i criteri che il rimettente suggerisce per qualificare la fattispecie ai sensi dell’art. 13 Cost., anziché in base all’art. 16 Cost., non hanno mai trovato corrispondenza nella ormai pluridecennale giurisprudenza” maturata dalla Corte medesima in tale (delicatissima) materia.

Viene opportunamente richiamata, a tal fine, la sentenza n. 68 del 1964, incentrata proprio sui “motivi di sanità”, che – proprio secondo la lettera dell’art. 16 Cost. – consentono di procedere alla limitazione in via generale della libertà di circolazione (ferma restando, quindi, la riserva assoluta di legge, che diviene così “rinforzata per contenuto”), sino al necessario isolamento “di individui affetti da malattie contagiose”.

Resta impregiudicato, beninteso, il rispetto dei canoni di proporzionalità e di adeguatezza, cui pur sempre è assoggettata l’imposizione di un cordone sanitario proteso alla tutela della salute pubblica (in quanto fondamentale interesse della collettività, *ex art.* 32 Cost.).

E proprio la giurisprudenza costituzionale bene evidenzia che le limitazioni generalizzate della libertà di circolazione per motivi di sanità possono tradursi tanto in misure “negative” – vale a dire il divieto generale di recarsi in luoghi determinati – sia in quelle che il giudice rimettente considera erroneamente “limitazioni positive” prescritte all’individuo, cioè i divieti di spostamenti in capo a persone determinate (quali, per l’appunto, i soggetti affetti da una malattia contagiosa).

Ma, ancora, il fatto che i divieti oggetto delle norme censurate siano riconducibili alle limitazioni della libertà di circolazione di cui all’art. 16 Cost. e non alle restrizioni della libertà personale *ex art.* 13 Cost. è confermato da un’ulteriore (e fondamentale) valutazione.

Il *proprium* delle misure restrittive della libertà personale di cui all’art. 13 Cost., infatti, risiede nell’“impiego della forza per restringere la capacità di disporre del proprio corpo”, come ricorda opportunamente la Corte rifacendosi a precedenti pronunzie (sentt. n. 30 del 1962 e n. 13 del 1972) – e sempre a patto che “ciò avvenga in misura non del tutto trascurabile e momentanea” – di talché si richiede l’intervento necessario e indefettibile dell’autorità giudiziaria.

Quindi, affinché una misura che incida sulla libertà di locomozione del soggetto ricada nell’ambito di applicazione dell’art. 13 Cost. (e non già dell’art. 16 Cost.), è necessario che essa non soltanto sia qualificata come obbligatoria ma sia connotata, al contempo, dall’elemento della coercizione fisica, ovvero sia – se si vuole – dell’“assoggettamento fisico all’altrui potere” (che è perciò definito quale “indice sicuro dell’attinenza della misura alla sfera della libertà personale”).

Se questi sono i presupposti discretivi tra l’art. 13 e l’art. 16 Cost., *recte* tra i rispettivi ambiti di applicazione, non sfugge – per ricorrere all’esemplificazione ricordata dalla Corte stessa nella sentenza in commento – che l’ordine di rimpatrio con foglio di via obbligatorio (“la cui esecuzione sia affidata alla collaborazione spontanea di chi lo riceve”) attenga alla libertà di circolazione, mentre invece, se questo stesso ordine comporti altresì la traduzione fisica della persona, allora si ricada nell’ambito applicativo dell’art. 13 Cost., con la necessità del provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria in ossequio alla riserva di giurisdizione (cfr. sentt. n. 2 del 1956 e n. 45 del 1960).

È, quindi, l’elemento dell’impiego della coercizione fisica il criterio discreto tra gli ambiti di applicazione degli artt. 13 e 16 Cost.

Ciò significa anche – allo stesso tempo – che, “qualora sia previsto il ricorso alla forza fisica al fine di instaurare o mantenere in essere, con apprezzabile durata, una misura restrittiva della facoltà di libera locomozione, allora la circostanza che la legge abbia introdotto tale misura in via generale per motivi di sanità non comporta che essa vada assegnata alla garanzia costituzionale offerta dall’art. 16 Cost. e sfugga così alla riserva di giurisdizione, posto che detto elemento coercitivo implica necessariamente che sia l’autorità giudiziaria ad applicare la restrizione, o a convalidarne l’esecuzione provvisoria”.

Questa puntualizzazione appare importante, non soltanto perché con essa la Corte ribadisce, *ad adiuvandum*, che l’unico criterio discretivo per individuare l’ambito di applicazione delle due norme costituzionali invocate è l’elemento coercitivo fisico, ma anche perché – evidentemente – la Corte non esclude che una limitazione della libertà personale – con impiego della coercizione – possa avvenire anche per finalità di cura e per motivi di sanità pubblica (purché in conformità alla riserva assoluta di legge e alla riserva di giurisdizione).

Di qui la stessa (note) distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori e trattamenti sanitari coattivi, nel quale ultimo caso le garanzie dell’art. 32 Cost. si sommano con quelle riconducibili all’art. 13 Cost.

Ora, tornando al punto da cui si sono prese le mosse, il divieto di spostamento conseguente all’applicazione della quarantena obbligatoria, di cui alla legislazione pandemica, non si attegga alla stregua di una misura restrittiva della libertà personale, in quanto – osserva la Corte – “non viene direttamente accompagnato da alcuna forma di coercizione fisica, né in fase iniziale, né durante la protrazione di esso per il corso della malattia”.

Un conto, quindi, è l’obbligo di osservare l’isolamento – assistito da una sanzione penale, in quanto configurato alla stregua di una contravvenzione dal d.l. 33/2020 –, altro è l’applicazione di una forma di coercizione fisica affinché questo stesso obbligo venga adempiuto dal soggetto.

Tant’è vero che – ricordando le parole della Corte – “chiunque sia sottoposto alla ‘quarantena’ e si allontani dalla propria dimora incorrerà nella sanzione prevista dalla disposizione censurata, ma non gli si potrà impedire fisicamente di lasciare la dimora stessa, né potrà essere arrestato in conseguenza di tale violazione”.

E, ancora, non soltanto non si ravvisa nel divieto di mobilità discendente dalla quarantena obbligatoria alcun elemento di coercizione fisica, ma neppure forma alcuna di compromissione della libertà morale degli individui, tale da importarne “una sorta di degradazione giuridica” (cfr. sent. n. 11 del 1956).

Se le misure restrittive suscettibili di incidere sulla sfera della libertà morale dell’individuo sono anch’esse soggette alle garanzie dell’*habeas corpus* (in quanto implicanti, come si legge nelle sentt. n. 419 del 1994 e n. 68 del 1964, una “menomazione o mortificazione della dignità e del prestigio della persona”), non così avviene, invece, nel caso di specie.

Sebbene la distinzione, in queste ipotesi, possa essere più complessa da ricostruire – si pensi, per esempio, all’applicazione dell’art. 13 Cost. con riguardo all’obbligo non coercibile

di comparizione presso un ufficio di polizia durante lo svolgimento di manifestazioni sportive, a fronte – invece – del divieto di accesso agli stadi, ricadente sotto il diverso ambito dell'art. 16 Cost. in mancanza di un contatto con la pubblica autorità tale da determinarne una “degradazione giuridica afferente alla dignità della persona” (sent. n. 193 del 1996) – nel caso di specie (quarantena obbligatoria) è evidente la mancanza di forme di “degradazione giuridica” della persona tali da infirmarne la dignità.

Come si ricordava precedentemente, l'applicazione di tale divieto di mobilità non discende da alcuna valutazione o presupposizione relativa ad una condotta illecita del soggetto, oppure da uno “stigma morale” nei confronti del medesimo, ma dal mero dato oggettivo del contagio.

E, ancora, per concludere con il ragionamento della Corte, “la natura del virus, la larghissima diffusione di esso, l'affidabilità degli esami diagnostici per rilevarne la presenza, sulla base di test scientifici obiettivi, fuggono ogni pericolo di ‘arbitrarietà e di ingiusta discriminazione’ (sentenza n. 68 del 1964), tale da chiamare in causa il giudice, affinché la misura dell'isolamento sia disposta, o convalidata tempestivamente; fermo restando che il malato non solo, come si è visto, può sottrarsi alla misura obbligatoria, ma non coercitiva (pur sostenendone le conseguenze penali); ma può altresì far valere le proprie ragioni, in via d'urgenza, innanzi al giudice comune, perché ne sia accertato il diritto di circolare, qualora difettino i presupposti per l'isolamento”.

In conclusione, le argomentazioni della Corte pervengono, con ragionevole equilibrio, al rigetto della questione di legittimità costituzionale prospettata dal giudice rimettente, sul presupposto che la quarantena obbligatoria non è configurabile alla stregua di una misura limitativa della libertà personale, non essendo caratterizzata né dall'elemento della coercizione fisica né da una interferenza nella sfera della libertà morale del soggetto tale da determinarne una “degradazione giuridica” suscettibile di infirmarne la dignità.

4. Dalla fase acuta dell'emergenza al Green Pass e all'obbligo vaccinale

Chiuso il periodo più delicato e drammatico di gestione della pandemia, la seconda fase dell'emergenza, caratterizzata da un forte impegno alla riduzione dei contagi in conseguenza dell'avvio delle campagne di vaccinazione, ha suscitato (e suscita tuttora) un dibattito (anche) attorno alla portata – e alla legittimità costituzionale – delle disposizioni sul c.d. Green Pass, il noto “lasciapassare verde” che, introdotto con il decreto-legge 52/2021, ha visto ampliare il proprio ambito applicativo ad opera di successivi interventi normativi (d.l. 105/2021, d.l. 111/2021, d.l. 127/2021, d.l. 172/2021 e, da ultimo, d.l. 221/2021).

Questo strumento condiziona l'esercizio di libertà e diritti fondamentali (dalla libertà di circolazione – l'unica ad essere inizialmente incisa nel suo godimento, anche in conformità delle previsioni del regolamento europeo 2021/953 – alla libertà di insegnamento, dal diritto all'istruzione al diritto al lavoro) o alla previa vaccinazione oppure alla sottoposizione ad un tampone attestante la negatività al Covid-19, con validità di 48 ore.

Non sono mancate forti critiche⁴⁷ nei confronti di tali interventi legislativi, essendo stata denunciata l'introduzione ora di un obbligo vaccinale surrettizio, ora di indebite ed ingiustificate restrizioni dei diritti fondamentali, ora di violazioni della disciplina euro-unitaria.

Invero, la questione va opportunamente inquadrata dal punto di vista costituzionale. Quanto alla libertà di circolazione⁴⁸, non si può dubitare della conformità a Costituzione del c.d. Green Pass, essendo stata pienamente soddisfatta la riserva di legge ordinaria (e non già di legge formale, di talché non si può certo censurare la circostanza che l'intervento normativo sia avvenuto tramite decreti-legge, poi convertiti dalle Camere) e rinforzata per contenuto individuata dall'art. 16 Cost. (trattandosi di limitazioni sancite in via generale per motivi di "sanità").

Ancora, non è stato violato l'articolo 41 della Carta costituzionale, trattandosi di giustificati interventi legislativi volti a limitare la libertà di iniziativa economica privata, che – com'è noto – non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, ivi inclusa, evidentemente, la tutela della salute individuale e collettiva.

Non si ravvisano, inoltre, contrasti con la Costituzione né con le fonti sovranazionali per quanto attiene alla tutela della privacy, *rectius* della protezione dei dati personali, non potendo individuarsi una violazione dell'art. 9 GDPR (Regolamento generale UE sulla protezione dei dati personali) – che concerne i dati sanitari – dal momento che non si procede ad una raccolta di dati *stricto sensu*, neppure di quelli sulla vaccinazione, ma ad una mera verifica attestante il possesso o meno del *pass* (che si tratti, poi, di soggetto vaccinato o "tamponato", questo non è noto in sede di controllo del *qr code*).

Più in generale, certamente la dinamica dell'emergenza sanitaria in sé può giustificare l'introduzione del Green Pass come *requisito* ovvero come *idoneità* (come osservato da Cassese e da De Siervo), ma sempre *a patto che* siano rispettati criteri di proporzionalità, congruità e ragionevolezza, oltre che di temporaneità.

Ed è proprio sulla base di questi criteri che occorre verificare, in concreto, la correttezza del bilanciamento operato dal legislatore.

Il criterio della temporaneità, invero, appare rispettato, se consideriamo per esempio che il decreto-legge 127/2021, concernente il *pass* sui luoghi di lavoro, connette la necessità della verifica del possesso del "lasciapassare" ad un arco di tempo che termina alla conclusione stessa dello stato d'emergenza (vale a dire, inizialmente, il 31 dicembre 2021, poi prorogata).

Tuttavia, non si può certo omettere di segnalare, al contempo, che le continue proroghe dello stato di emergenza – al punto che l'ultima proroga, disposta con d.l. 221/2021, ha

⁴⁷ V. il documento "Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass", pubblicato dall'Osservatorio permanente per la legalità costituzionale, a cura di autorevoli giuristi, e disponibile sul sito questionegiustizia.it; v. anche C. BERTOLINO, *Certificato verde tra Covid-19 tra libertà ed eguaglianza*, in *Federalismi.it*, n. 1572021; V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021, 290 ss.; durissime le critiche di M. DOGLIANI, *Resistere, resistere, resistere al rifiuto dell'uguaglianza nella legge (e alla superficialità ignorante)*, in *Democrazia e diritto*, 2/2021, 7-9.

⁴⁸ Su cui, in particolare, v. le condivisibili osservazioni di F. RIGANO, M. TERZI, *Certificazioni verdi COVID-19 e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2021, 146 ss., specie v. par. 2.

determinato un superamento del limite massimo previsto in via generale dal codice della protezione civile – rendono via via più incerta la temporaneità delle misure emergenziali.

Ma questo è un problema che, a ben vedere, attiene all'emergenza pandemica in generale.

Certo è, in ogni caso, che l'incertezza del *quando*, con riguardo a misure fortemente restrittive e condizionanti l'esercizio di diritti fondamentali (ivi compreso, per esempio, il diritto al lavoro), ha costituito un fattore di problematicità particolarmente significativo.

Ma, ormai, la fine dello stato di emergenza il 31 marzo 2022 ha trascinato con sé anche lo strumento del Green Pass (e delle sue filiazioni), che è rimasto provvisoriamente utilizzato sino al 30 aprile (mentre è rimasto, a partire dal primo maggio, solo per limitate ipotesi legate per lo più all'accesso di soggetti esterni e visitatori presso strutture ospedaliere e socioassistenziali).

Per quanto attiene, poi, al rispetto degli altri parametri⁴⁹, il Green Pass appare, in via generale, in linea con una visione di gradualità nell'imposizione di obblighi, secondo un'idea di "spinta gentile"⁵⁰ che appare maggiormente conforme alle pratiche discorsive e persuasive di una liberal-democrazia, in particolare sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità.

"Spinta gentile" che, a ben vedere, è andata però anch'essa via via sempre più "irrobustendosi", talora allontanandosi da rigorosi criteri di proporzionalità e ragionevolezza, specie a seguito dell'introduzione del c.d. *Super Green Pass* (d.l. 172/2021) – che, per determinate tipologie di attività, è rilasciato soltanto ai vaccinati (e non più a chi si sia sottoposto, con esito negativo al virus, al tampone) – e del c.d. *Mega Green Pass* (aggiunto dal d.l. 221/2021, e rilasciato ai soggetti vaccinati con terza dose ai fini dell'accesso in qualità di visitatori nelle strutture sanitarie assistenziali).

La gradualità nell'imposizione degli obblighi, certo, è rispettata, così come, in molti casi, la ragionevolezza dei trattamenti differenziati, ma non possiamo esimerci dal manifestare forti perplessità rispetto alla subordinazione al possesso di un *Green Pass rafforzato*, privo – in un momento in cui la vaccinazione non era un trattamento sanitario obbligatorio per tutti i cittadini, ma per determinate categorie professionali e per gli over 50 – dell'alternativa della sottoposizione al tampone, non già del semplice accesso a palestre, bar o musei, ma dell'esercizio stesso di diritti costituzionali (a partire, per esempio, dal diritto fondamentale al lavoro).

Se il *Green Pass* base, mantenendo l'alternativa della sottoposizione al tampone, è espressione di un bilanciamento tra esigenze costituzionalmente rilevanti, senz'altro conforme a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, il *Green Pass rafforzato*, in particolare ove è stato imposto sui luoghi di lavoro come requisito per lo svolgimento della prestazione

⁴⁹ V. anche P. VERONESI, *Sulla ragionevolezza del "Green Pass"*, in *BioLaw Journal - Rivista di biodiritto*, Editoriale, 3/2021.

⁵⁰ Sui presupposti culturali di questa idea, v. R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2014. Sulla spinta gentile, nella prospettiva del discorso "comportamentale/cognitivo", v., ad esempio, M. M. GALIZZI, *Salute pubblica ed epidemia*, in *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche. Nudge e interventi basati sulle scienze cognitive*, a cura di R. VIALE - L. MACCHI, Bologna, 2021, 63-77.

lavorativa, determina uno “sbilanciamento” suscettibile di determinare la violazione dei diritti fondamentali nel loro contenuto essenziale.

In ogni caso, un’eventuale introduzione generalizzata dell’obbligo vaccinale – da molti ritenuta politicamente e giuridicamente più augurabile – poteva ritenersi conforme a Costituzione, a patto che venisse rispettata la riserva di legge di cui all’articolo 32 Cost. e pur sempre nel rispetto della persona umana (2° comma), e dunque con modalità tali che assicurino una piena e trasparente informazione e con la previsione di un obbligo di indennizzo a carico dello Stato in caso di effetti collaterali particolarmente gravi.

Limiti, questi, che valgono a maggior ragione ove si intenda proporre un obbligo generalizzato di vaccinazione, mentre invece le previsioni più stringenti sono state circoscritte ad alcune categorie di soggetti, sulla base di disposizioni di rango primario (tali da soddisfare la riserva di legge) e in maniera costituzionalmente conforme, in virtù del principio di ragionevolezza.

Un ampliamento molto significativo si è verificato con l’estensione della platea dei soggetti obbligati a tutti i cittadini di età superiore a 50 anni.

Ma sugli aspetti di interesse costituzionale della vaccinazione obbligatoria torneremo a breve in maniera più compiuta.

È altrettanto vero, però, che un’eventuale introduzione generalizzata dell’obbligo vaccinale avrebbe dovuto poter superare il *test di proporzionalità*⁵¹, onde esser giudicato conforme a Costituzione: orbene, soprattutto nel periodo in cui è stato introdotto il Green Pass, si sarebbe potuto dubitare non certo dell’adeguatezza e dell’idoneità della misura dell’obbligo vaccinale, ma quantomeno della sua *necessarietà*, in termini di stretta essenzialità per il perseguimento del fine prefissato (la tutela della salute pubblica) e di non utilizzabilità di strumenti differenti meno limitativi nei confronti dei diritti della persona.

Ecco, proprio in una prospettiva siffatta, il c.d. Green Pass appare una misura che, quantunque limitativa dei diritti fondamentali, è senz’altro meno “forte” dell’obbligo vaccinale e, almeno in certe fasi dell’emergenza, egualmente idonea ad assicurare il fine della tutela della salute pubblica.

Inoltre, non appare convincente la tesi di chi contesta la violazione del diritto eurounitario da parte della normativa nazionale: non soltanto non si è in presenza di una discriminazione tra vaccinati e non vaccinati (semmai, piuttosto, si è dinanzi a trattamenti

⁵¹ Si ricorda, all’uopo, che il test di proporzionalità si articola su tre livelli di giudizio: idoneità, necessarietà, adeguatezza. Il primo “valuta l’idoneità della misura adottata a realizzare gli obiettivi di interesse pubblico attesi; il secondo è volto ad accertare se la misura si fa meno lesiva di altri interessi in conflitto tra quelle astrattamente idonee a produrre il medesimo obiettivo pratico ed il terzo si sostanzia in una valutazione comparativa dei beni e degli interessi coinvolti dalla misura stessa. Più in particolare, l’idoneità guarda al rapporto tra il mezzo che si intende scegliere e l’obiettivo che si intende raggiungere: la verifica si ritiene superata se il mezzo si presenta di per sé idoneo a raggiungere l’obiettivo. La necessarietà, invece, guarda al rapporto tra il mezzo ritenuto idoneo e il sacrificio che deriva alla sfera giuridica del destinatario: la verifica si intende superata se, contestualmente, il mezzo individuato (come idoneo) comporta il minore sacrificio possibile al singolo (o, in altri termini, se non vi sono altri mezzi idonei che consentono di raggiungere il medesimo risultato con minore sacrificio) e non impone un sacrificio superiore a quanto è necessario per raggiungere l’obiettivo perseguito (...). L’adeguatezza (o proporzionalità in senso stretto) guarda, infine, al rapporto tra il mezzo ritenuto idoneo e necessario e la restrizione subita (...) da(i) destinatari(i): in tal caso, la verifica è superata se il mezzo così individuato impone alla sfera del singolo un sacrificio tollerabile nel bilanciamento con gli altri interessi coinvolti”. Così F. SCALIA, *Il potere amministrativo nell’emergenza*, cit., 51-52.

ragionevolmente differenziati, come ci insegna anche una lettura consolidata dello stesso principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.), ma lo stesso regolamento europeo pone il divieto di discriminazione soltanto in un “considerando”, privo di efficacia normativa vincolante.

Che il *Green Pass*, in sé astrattamente considerato, non sia incostituzionale – ferme rimanendo, invece, tutte le perplessità in ordine al *Super Green Pass* – non toglie, invero, che si debba riflettere ed avanzare talune riserve, rispetto a singole scelte riscontrabili nei vari decreti-legge sinora succedutisi.

A titolo meramente esemplificativo, come si accennava, desta taluni dubbi l'imposizione del *Green Pass* sui luoghi di lavoro, in particolare per quanto attiene alla conseguenza della sospensione dalla retribuzione.

Va comunque ricordato, invero, che – nonostante talune proposte in tal senso – non sono previste dal d.l. 127/2021 sanzioni disciplinari, come la sospensione o il licenziamento, che sarebbero state passibili di illegittimità costituzionale per irragionevolezza e per violazione del diritto al lavoro nel suo contenuto essenziale.

Tuttavia, anche in assenza di sanzioni disciplinari, il condizionamento del diritto fondamentale al lavoro⁵² – se non altro per come è assistito da una grave sanzione, sia pur non inquadrata espressamente dal legislatore nel novero delle sanzioni disciplinari, quale la sospensione dello stipendio – alla vaccinazione, che permane non obbligatoria, oppure – in alternativa – alla sottoposizione ai test Covid, finisce con l'impattare direttamente sulla dignità della persona (o, se si vuole, sul diritto ad un'esistenza libera e dignitosa, nel lavoro e col lavoro, ex art. 36 Cost.).

Il discorso, poi, come si è anticipato *supra*, si complica in relazione all'imposizione del *Super Green Pass* ai fini dell'accesso ai luoghi di lavoro, così trasformandosi la sottoposizione alla vaccinazione (che pure, per molte categorie di soggetti, rimaneva un trattamento sanitario *non* obbligatorio) – senza la possibilità dell'alternativa del tampone – in un elemento *in toto* condizionante l'esercizio di un diritto, quello al lavoro, che è a tal punto *fondamentale* da tracciare l'identità costituzionale della Repubblica, oltre ad essere fonte di quel diritto alla retribuzione che l'art. 36 Cost. mette in diretto collegamento con la dignità umana e che, se non altro, è il presupposto per lo stesso mantenimento economico della persona e per la soddisfazione dei propri bisogni elementari.

In tal senso, si ribadisce che, se il *Green Pass base*, mantenendo l'alternativa della sottoposizione al tampone, è espressione di un bilanciamento conforme a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, il *Green Pass rafforzato*, imposto sui luoghi di lavoro come

⁵² L'espressione è utilizzata alla luce del carattere del lavoro come fondamento della Repubblica (art. 1 Cost.) e della sua stretta relazione con la “pari dignità sociale” (art. 3 Cost.) e con la dignità della persona umana, che si realizza nella relazionalità e nel lavoro, inteso come mezzo di elevazione del singolo per garantirgli un’“esistenza libera e dignitosa” (art. 36 Cost.) e come strumento per il “progresso materiale e spirituale della società” (art. 4 Cost.)

Sul diritto al lavoro (diritto “fondamentale” e a sua volta “fondamento” della Repubblica), v., in generale, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1975; G. MANCINI, *Commento all'art. 4*, in *Commentario Branca-Pizzorusso*, Bologna-Roma, 1976, A. CARIOLA, *Commento all'art. 4*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 114 ss.; C. PINELLI, *Lavoro e Costituzione*, Napoli, 2021. V. anche M. CAVINO – I. MASSA PINTO (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*, Bologna, 2013; C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano, 2019.

requisito per lo svolgimento della prestazione lavorativa, determina uno “sbilanciamento” suscettibile di determinare la violazione di un diritto fondamentale nel suo *contenuto essenziale*.

Peraltro, il c.d. *Super Green Pass*, a differenza della precedente forma di lasciapassare verde, propone un ulteriore profilo di problematicità costituzionale, con riguardo al profilo della tutela dei dati personali, atteso che, com'è stato opportunamente segnalato, esso “conferiva a ogni soggetto preposto al controllo sul possesso della certificazione di venire a conoscenza di dati sensibili dell'individuo, nello specifico la causa di acquisizione di tale certificazione”⁵³.

Ancora, questa disciplina si pone in tensione con l'art. 3 Cost., “giacché realizzava un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti tutti riconosciuti ufficialmente (attraverso la certificazione in possesso) sani, in quanto non portatori del virus”⁵⁴.

Non sono mancate, poi, specifiche disposizioni che sembravano porsi in una situazione di irragionevolezza, cui ha da ultimo posto rimedio, per esempio, l'art. 3 del decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, che ha esteso ai difensori, ai consulenti, ai periti e agli altri ausiliari alle amministrazioni della giustizia l'obbligo di esibizione della certificazione verde Covid-19 che precedentemente l'art. 9 sexies del decreto-legge 22 aprile 2021, n.52, prevedeva soltanto per i magistrati ed il personale amministrativo ai fini dell'accesso nelle aule degli uffici giudiziari.

O, ancora, non appare costituzionalmente corretta la mancata esenzione dall'obbligo di Green Pass in favore di lavoratori tenuti a svolgere la propria prestazione all'aperto, dove le possibilità di contagio – com'è noto – si riducono e dove, conseguentemente, sarebbero senz'altro ragionevoli misure meno limitative.

Più in generale, poi, in una prospettiva costituzionale, il legislatore avrebbe dovuto al più presto intervenire, anche in previsione della “normalizzazione” del virus (che, anche una volta passate le fasi più acute dell'emergenza, sarebbe rimasto a lungo in circolazione, secondo la comunità scientifica, alla stregua di una influenza endemica), per includere la vaccinazione anti-Covid nei livelli essenziali delle prestazioni ex art. 177, 2° comma, lett. m), della Costituzione.

Discorso analogo vale per i tamponi nasofaringei e per gli altri test utilizzati per la verifica della positività al virus, anche nell'ottica di un abbattimento ulteriore dei costi, peraltro già calmierati. Ciò sarebbe stato necessario quanto meno nel periodo pienamente emergenziale in cui i soggetti non vaccinati (che si tratti di scelta personale o di motivazioni logistiche o sanitarie, questo non interessa al giurista) erano condizionati nell'esercizio dei loro diritti e, in particolare, del diritto al lavoro (fino alla scadenza dello stato d'emergenza).

⁵³ V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, cit., 100.

⁵⁴ *Ibidem*. L'autore legge, nella disciplina del c.d. Super Green Pass, un aggravamento della rimodulazione complessiva di principi e diritti costituzionali “nell'ottica dichiarata della prevenzione”: “contravvenendosi al pluralismo dei principi/diritti in questione, che ne impedisce una classificazione secondo gerarchia, si arrivava a stabilire incontrovertibilmente il primato assoluto del diritto alla vita e alla salute rispetto a ogni altro tutelato dalla Legge fondamentale, asseverandolo ad una forma di lieve bilanciamento con gli interessi concorrenti. In quest'ottica ogni esercizio di libertà appariva essenzialmente condizionato dalla correttezza o meno della condotta sanitaria del soggetto, persino tra individui muniti della stessa certificazione di negatività del contagio”.

È da segnalare, poi, il decreto-legge n. 1/2022, che – a fronte dell’aggravarsi della pandemia conseguente alla diffusione massiva delle varianti Delta e Omicron – ha esteso l’obbligo vaccinale⁵⁵, precedentemente circoscritto ad alcune categorie, a tutti i residenti che abbiano superato il cinquantesimo anno di età.

Su questa misura, che ha rappresentato per molti l’“opzione nucleare” – in quanto misura di salute pubblica che, più di ogni altra, incide sulla libertà di autodeterminazione terapeutica della persona⁵⁶ – dovremo concentrare la nostra attenzione.

Di siffatto decreto-legge – convertito nella legge 18/2022 – non può dubitarsi la legittimità costituzionale.

In primo luogo, è opportuno ricordare, in generale, che già in una risalente sentenza (n. 307/1990) la Corte Costituzionale ha giustamente sostenuto che “un trattamento sanitario può essere legittimamente imposto esclusivamente in casi eccezionali e tassativi previsti da una legge e ciò sia necessario non solo a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell’uomo che inerisce al diritto alla salute in quanto diritto fondamentale”.

Resta fermo, beninteso, che, in relazione al limite del rispetto della persona umana sancito dall’art. 32, secondo comma, Cost., “il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività, se può consentire che, in nome della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato a un determinato trattamento sanitario, non può postulare anche il sacrificio della salute di ciascuno per la salute degli altri”⁵⁷: “nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri” (Corte cost., sent. 118/1996).

In altre parole, dunque, il rispetto della persona umana deve essere inteso, in primo luogo, nel senso che “il trattamento sanitario imposto deve essere finalizzato, non solo alla

⁵⁵ Sulle prospettive di bioetica, v. M. ANNONI (a cura di), *Etica dei vaccini. Tra libertà e responsabilità*, Roma, 2021.

⁵⁶ Osserva P. PANTALONE, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, cit., 118-119, che “almeno sino all’introduzione della sanzione pecuniaria (...) come conseguenza derivante dalla mancata vaccinazione e ferma restando l’angolazione giuspubblicistica dell’analisi, non sarebbe ardito inquadrare detta condotta nella categoria giuridica dell’onere, atteso che la profilassi vaccinale, dal punto di vista del soggetto passivo, è stata innanzitutto tenuta nell’interesse proprio di quest’ultimo (a evitare lo ‘svantaggio’ della sospensione della prestazione lavorativa e della retribuzione). Sullo sfondo di questo ragionamento, tuttavia, non si può non notare la valenza (anche) collettiva che una larga parte della popolazione, nell’adempimento di un dovere morale di solidarietà (che comunque non può automaticamente trasformarsi in un vincolo giuridico), ha conferito alla propria singola condotta di vaccinazione. Alla luce delle nozioni già sopra richiamate di ‘obbligo’ (come elemento di un rapporto giuridico cui è correlato un altrui diritto); di ‘dovere in senso stretto’ (che non assurge a elemento di un rapporto giuridico e a cui possono corrispondere anche posizioni soggettive qualificabili come interessi) e di ‘onere’ (quale situazione soggettiva funzionale in modo esclusivo o prevalente alla realizzazione di un interesse proprio, al fine di conseguire un vantaggio o di evitare un pregiudizio), si potrebbe ipotizzare che la vaccinazione prescritta dalla legge alle suddette categorie di soggetti si configurasse: come obbligo contrattuale di fonte legislativa nei confronti del datore di lavoro; come dovere di solidarietà nell’interesse della collettività; come onere nell’interesse proprio (a evitare la sospensione della prestazione lavorativa) fino all’entrata in vigore della previsione della sanzione pecuniaria *ex art. 4-sexies*, d.l. 44/2021, a seguito della quale sarebbe più corretto l’inquadramento in termini di dovere in senso stretto o di obbligo”.

⁵⁷ Così C. TRIPODINA, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione Crisafulli-Paladin*, seconda edizione a cura di S. BARTOLE – R. BIN, Padova, 2008, 331.

tutela della salute collettiva, ma anche al miglioramento della salute della persona alla quale è praticato, non potendo comportare conseguenze negative per la sua salute, salvo quelle normalmente tollerabili in ragione della loro ‘temporaneità e scarsa entità’ ”⁵⁸ e in considerazione di margini di rischio parimenti tollerabili.

Si può ritenere, in particolare, che siano soddisfatte tutte le condizioni individuate dalla sentenza 5/2018 della Corte costituzionale (ricostruttiva della giurisprudenza in materia: v, ad es., sentt. 258/1994, 307/1990) che legittimano l'introduzione di un obbligo vaccinale: non solo, evidentemente, il rispetto della riserva di legge (imposta dall'art. 32, 2° comma, Cost.), ma la sussistenza di condizioni di carattere sostanziale, chiara espressione del limite del rispetto della persona umana⁵⁹.

Non può ragionevolmente negarsi, infatti, che sussistano:

- *Circostanze tali da giustificare un pactum di “solidarietà” tra lo Stato e il cittadino*, nel senso che il trattamento deve essere “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” (Corte Cost., sent. 5/2018). Le circostanze eccezionali di una pandemia indubbiamente soddisfano tale condizione, ma – più in generale – ancora una volta il faro è l'art. 2 Cost., con la connessa indivisibilità diritti/doveri che l'affermazione del principio di solidarietà comporta; si badi, invero, che ciò non giustifica affatto una lettura “eticizzante” (quasi nel senso hegeliano) della solidarietà, nel senso di considerare i doveri di solidarietà come “fonte” diretta di un obbligo di trattamenti sanitari (così da strumentalizzare la persona per finalità collettive, degradandola – con buona pace di Kant – a mera “res”).

“I fini solidaristici non possono essere estesi fino a limitare le scelte sulle cure in quanto la persona non è in alcun modo strumentalizzabile neanche per fini solidaristici”⁶⁰: la Corte costituzionale stessa lo ha ricordato nella sent. n. 118 del 1996, affermando che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri».

Il principio di solidarietà da solo, astrattamente inteso, non può legittimare un obbligo vaccinale: la dialettica tra libertà e solidarietà si esprime, dunque, secondo una prospettiva garantistica, nella *legge*, che è infatti la sola fonte deputata dall'art. 32 Cost. alla imposizione di determinati trattamenti sanitari obbligatori. Dialettica tra libertà e solidarietà che, nella specie, altro non è che lo “sfondo” della soluzione di sintesi, cioè il *bilanciamento* operato dal legislatore tra la salute come

⁵⁸ *Ibidem*

⁵⁹ Sottolinea C. CAPOLUPO, *Uso e abuso dell'articolo 32 della Costituzione: a margine dell'introduzione dell'obbligo vaccinale*, in C. CAPOLUPO, R. MANFRELOTTO (a cura di), *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio*, Napoli, 2022, 22, che “il legame con il principio personalista e, segnatamente, con l'inviolabilità dei diritti, configura il rispetto della persona umana come un limite invalicabile, in quanto connotato essenziale e fondante dell'assetto costituzionale. In estrema sintesi, il rispetto della persona umana identifica un divieto che segna il confine della discrezionalità del legislatore: non un valore da bilanciare con altro valore, ma un criterio che presiede al bilanciamento tra l'interesse collettivo alla tutela della salute e l'interesse individuale, segnando il limite oltre il quale il legislatore non può comprimere la libertà individuale, fosse anche in funzione di un interesse collettivo.

⁶⁰ Così V. DE SANTIS, *Dalla necessità dell'obbligo vaccinale alla realtà del Green Pass*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3/2021, 6.

autodeterminazione e la salute come interesse della collettività. All'esito del bilanciamento, il legislatore ha quindi *ragionevolmente* fatto prevalere la tutela della salute pubblica⁶¹.

Se questi sono i presupposti, allora, non convince il ragionamento di chi, muovendo da un'iper-valorizzazione dell'art. 2 Cost., si spinge a rovesciare del tutto il rapporto regola/eccezione, così prospettando un'obbligatorietà dei trattamenti sanitari (nella specie, quelli vaccinali) discendente direttamente dall'art. 2 Cost., in assenza di alcuna presunzione a beneficio dell'autodeterminazione del soggetto⁶².

Ritenere, quindi, che – in assenza di un'imposizione legale –, la vaccinazione fosse comunque obbligatoria (e non già oggetto di un dovere dal carattere meramente etico) per effetto di una diretta operatività dell'art. 2 Cost., tale da “saltare” la mediazione della fonte legale, così ignorando il disposto dell'art. 32, è una tesi decisamente poco condivisibile.

Sicché, *a contrario*, respingere l'idea che la vaccinazione fosse di per sé già obbligatoria, in ragione della diretta applicabilità del “sistema” delle norme di cui agli artt. 32, 2 e 54 della Costituzione – una volta che risulti acclarato che “il vaccino è lo strumento migliore del quale ad oggi si dispone allo scopo”⁶³ – non significa affatto riconoscere una primazia assoluta dell'autodeterminazione (se non addirittura una “tirannica” affermazione di schmittiana memoria), semmai significa considerare che il pendolo tra libertà e solidarietà (poli del binomio fondamentale che si esprime proprio nell'art. 2 Cost.) “oscilla” in virtù della mediazione della fonte legale.

La Costituzione, in altre parole, avrebbe consentito, non certo imposto, nella congiuntura allora presente, di introdurre l'obbligo generalizzato di vaccinazione contro il Covid-19⁶⁴: non si può, dunque, confondere ciò che la Costituzione

⁶¹ La libertà di cura, infatti, “non vale assolutamente quando è in ballo la salute altrui, sia pubblica che privata, quindi, è un non senso invocarla in questo contesto (a tacere del fatto che i vaccini proteggono anche la salute di coloro che li ricevono)”: così efficacemente ha scritto, poco prima della sua scomparsa, G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Rivista AIC*, 4/2021, 366.

⁶² È questa la tesi di A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXV, cit., in particolare 344.

⁶³ Ivi, 353.

⁶⁴ *Contra*, ancora, A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXV, cit., 533 ss., il quale osserva (538): “ebbene, se si danno, in via di principio, casi di produzione legislativa doverosa, come non ammettere che quello di cui qui si discorre sia uno di essi? Come negare che l'ostacolo frapposto dall'autodeterminazione soggettiva alla messa in atto della misura più efficace di lotta al virus porti diritto al sacrificio di vite umane che, grazie alla misura stessa, sarebbero fatte salve? Che, insomma, ogni giorno che passa molte vite vanno perdute e che, quando pure quest'esito tragico non si abbia, possono ugualmente aversi danni incalcolabili e a volte permanenti per la salute individuale e collettiva? Che, diffondendosi ad ondate ricorrenti il virus, si è quindi costretti a varare misure gravemente pregiudizievoli per l'economia, molti operatori essendosi trovati sul lastrico e molti altri vi si troveranno per effetto della decisione di ... non decidere?”. Argomentazioni, queste, che, valorizzando oltremodo il combinato disposto degli artt. 2 e 54 Cost., finiscono con l'imporre la logica assolutizzante della *salus rei publicae* sulla tutela della dignità della persona umana, quale singolarità irripetibile e intangibile, non strumentalizzabile alla stregua di una “res”: come si è detto, quindi, in uno Stato costituzionale di diritto, la dialettica tra libertà e solidarietà trova pur sempre la sua sintesi nella fonte legale, sia pure nel rispetto del canone di ragionevolezza e delle condizioni sostanziali che la Costituzione stessa espressamente prevede e richiede.

Con simili argomentazioni, v. anche ID., *Ancora in tema di obbligatorietà del vaccino contro il Covid-19 e della responsabilità per la sua mancata introduzione*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXV, cit., 601 ss.

semplicemente legittima, al ricorrere di determinate condizioni sostanziali (e cioè proprio quelle di cui si sta discorrendo), con un'imposizione "automatica". In quest'ottica, "occorre scongiurare la dimensione 'moralizzatrice' di cui i doveri sono intrinsecamente portatori. Difatti, anche in occasione dell'emergenza sanitaria, l'esternalizzazione di posizioni di responsabilità in capo ai privati ha rischiato talora di attribuire alle norme impositive dei doveri un'impropria funzione 'purificatrice' e un conseguente inappellabile giudizio di diffusa indegnità morale e di intolleranza nei confronti di coloro che non si fossero attenuti scrupolosamente alle regole"⁶⁵;

- *Ragionevolezza scientifica*: condizione anch'essa soddisfatta, alla luce dei comprovati successi della campagna vaccinale nella limitazione (e non già – occorre ricordarlo agli strani fautori di concezioni sotterriologiche del vaccino! – nell'assoluta eliminazione) del virus, tenuto conto dei dati raccolti e del monitoraggio compiuto dal Comitato tecnico-scientifico e dal Comitato scientifico per la sorveglianza dei vaccini Covid-19;
- *Conseguenze negative "normali" o ragionevolmente "tollerabili" dal soggetto* (parametro di carattere scientifico anch'esso soddisfatto alla luce dei dati raccolti). Anche sotto questo profilo, appare opportuno sottolineare che il rischio "zero" non esiste: la Corte costituzionale, non a caso, si è espressa in termini probabilistici, oltre che di ragionevole tollerabilità. Potremmo osservare, allora, come proprio il tema delle vaccinazioni dimostri l'ambiguità intrinseca del principio di precauzione⁶⁶ (al quale giustamente la Corte costituzionale ha sempre preferito i classici principi di ragionevolezza e proporzionalità): in nome della precauzione si giustificherebbe l'introduzione dell'obbligo vaccinale, ma al contempo sempre in nome di essa si potrebbe contestare la medesima misura alla luce di supposti rischi. Ecco, quindi, che – come si è detto – il fondamento costituzionale dell'obbligo vaccinale non risiede in un principio dagli ambigui contorni, com'è quello di precauzione, ma nella dialettica libertà-solidarietà (nella specie, tra autodeterminazione terapeutica e tutela della salute pubblica) "superata" dal legislatore con un bilanciamento conforme a criteri di ragionevolezza e proporzionalità;

⁶⁵ Così P. PANTALONE, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, cit., 29. Secondo l'A., infatti, "i doveri intendono essere innanzitutto concepiti come un'alternativa modalità di limitazione del potere pubblico almeno sotto un duplice profilo: da un lato, perché (almeno quando si intrecciano con il potere medesimo e non sono da quest'ultimo o dall'ordinamento imposti) essi rappresentano al contempo fondamento e limite dell'intervento pubblico nella sfera giuridica individuale; dall'altro, perché una puntuale individuazione delle condizioni di attivazione e del contenuto della prestazione richiesta consentirebbe di assicurare maggiore certezza circa gli ambiti sottratti al potere e *a contrario* quelli riservati all'autonomia privata. Senza dimenticare che (...) l'adempimento dei doveri – cogliendosi qui l'essenza della solidarietà quale principio informatore dei comportamenti doverosi – è talora funzionale a garantire l'effettività di un altrui diritto o di un'altrui posizione di vantaggio".

⁶⁶ Su cui, v. ancora C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, cit., *passim*. Sull'incerta natura del principio, massimalista o minimalista, sostanziale o procedurale, v. anche, da ultimo, G. FONTANA, *La problematica applicazione del principio di precauzione della campagna vaccinale anti-Covid 19*, in *Democrazia e diritto*, 2/2021, 11-38.

- *Previsione di indennizzo nei casi eccezionali di effetti collaterali gravi* (disposto, in via generale, all'art. 1, comma 1, della legge 210/1992⁶⁷); si badi, peraltro, che – secondo la giurisprudenza costituzionale (v., in particolare, sentt. 27/1998 e 423/2000) – non deve attribuirsi “valore dirimente all’esistenza di un obbligo legale”, essendo garantito il diritto all’indennizzo “non necessariamente in presenza di un obbligo legale ma anche nell’ipotesi in cui il trattamento terapeutico non (ancora) reso obbligatorio, [è] oggetto di una specifica politica di promozione”, come nel caso del Green Pass⁶⁸. La ragione che fonda il diritto all’indennizzo, a ben vedere, “non risiede tanto nel fatto che un cittadino si sia sottoposto ad un trattamento obbligatorio, bensì si fonda, piuttosto, sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, qualora le conseguenze negative per l’integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell’interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale”⁶⁹: per questo, il mancato riconoscimento di un diritto all’indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti da vaccinazioni raccomandate comporta, come rilevato dalla Corte nella sentenza n. 268/2017, la lesione del patto di solidarietà tra individuo e collettività, oltre alla violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost, “perché sono le esigenze costituzionalmente previste, oltre che la tutela del diritto alla salute del singolo, a richiedere che sia la collettività ad accollarsi l’onere del pregiudizio da questi subito, mentre sarebbe ingiusto consentire che l’individuo danneggiato sopporti il costo del beneficio anche collettivo”.

A queste considerazioni è d’uopo aggiungere che il decreto-legge 1/2022 rispetta il criterio di temporaneità, atteso che l’obbligo vaccinale sussiste sino al 15 giugno 2022 (mentre il d.l. 24/2022 sul “fine emergenza” ha prorogato il termine per l’obbligatorietà della vaccinazione al 31 dicembre 2022 per i soli lavoratori in ambito sanitario).

Com’è noto, infatti, “la scelta del legislatore in ordine all’obbligatorietà o meno del vaccino deve tenere conto della situazione di fatto che giustifica l’obbligatorietà”, di talché “una situazione di emergenza sanitaria può giustificare ampiamente l’introduzione dell’obbligo vaccinale (...), ma una volta attuato il programma vaccinale e, quindi, una volta che una gran parte della popolazione viene vaccinata occorre tornare alla scelta individuale libera di sottoporsi alla profilassi vaccinale”⁷⁰.

⁶⁷ “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, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge”.

⁶⁸ Cfr. I. A. NICOTRA, *La staffetta dei diritti e dei doveri oltre le crisi*, Napoli, 2022, 30-31: “ciò che rileva (...) è l’esistenza di un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario, il quale, per conseguenza, viene dalla legge assunto a oggetto di un obbligo legale o di una politica pubblica di diffusione tra la popolazione. La giurisprudenza costituzionale è ferma nell’individuare in tale interesse pubblico la ragione dell’obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento vaccinale, vengono a soffrire di un pregiudizio alla loro salute. Non vi è ragione di differenziare il caso in cui il trattamento sanitario è imposto per legge da quello in cui esso sia meramente promosso dalla pubblica autorità in vista di una sua estensione capillare nella collettività”.

⁶⁹ P. D’ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale e innovazione digitale*, cit., 151.

⁷⁰ Così V. DE SANTIS, *Dalla necessità dell’obbligo vaccinale alla realtà del Green Pass*, cit., 12.

Si può trarre, allora, dalla lettura sistematica dell'art. 32 Cost., “una implicita indicazione preferenziale per modelli impositivi che, peraltro, non necessariamente si distinguono per la non obbligatorietà del trattamento. Un modello non impositivo può anche disciplinare l'obbligo vaccinale, ma a condizione di attenuarne l'impatto sulla limitazione delle libertà individuali, non solo con la previsione di sanzioni ragionevoli ma, soprattutto, attraverso una serie di misure che contemplino motivi di esenzione ulteriori rispetto a quelli strettamente medici (...). D'altro canto, a parte le indicazioni desumibili dalla letterale formulazione dell'art. 32 Cost., non si può non tener conto della crescente valorizzazione accordata negli ultimi anni ai diritti di autodeterminazione”, come dimostrano “l'approvazione della legge sulle DAT e l'attuale dibattito sui diritti del fine vita, tutte istanze che spingono nell'unica direzione possibile, ossia quella di un ‘diritto mite’, che più adeguatamente riflette l'interpretazione sistematica degli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione”⁷¹.

Non si può trascurare, infine, che, se è vero che la dignità della persona – intesa in senso soggettivo – rappresenta un limite (*arg. ex art. 32, secondo comma, Cost.*), nondimeno essa può rappresentare, nel contesto dell'emergenza pandemica, anche il “fondamento” di un trattamento sanitario obbligatorio, nella sua dimensione – anch'essa costituzionalmente rilevante – oggettiva.

Non diversamente da quanto Habermas ha recentemente teorizzato in Germania, la tutela della dignità della persona, che innesca un obbligo di protezione da parte dello Stato – “sublimazione giusrazionalistica del senso della comunità politica” –, include anche “la solenne tutela dell'integrità fisica dell'essere umano” in quanto presupposto “dell'invulnerabilità della dignità umana della persona”; “l'una implica l'altra: non si può voler proteggere la dignità di una persona e lasciarne distruggere il corpo”⁷².

Questa più forte implicazione concettuale, nella sua “accezione di dovere statale di tutela” (della dignità, e quindi della vita e dell'integrità fisica della persona), “emerge solo nella misura in cui il progresso della scienza medica e lo sviluppo di un sistema sanitario complesso e di elevate prestazioni hanno radicalmente aumentato i mezzi di prevenzione e di cura che lo Stato può mobilitare”⁷³.

Ragionando in quest'ottica, allora, la dialettica libertà-solidarietà si porrebbe (anche) come un conflitto interno al campo della dignità, nella misura in cui la tensione tra autodeterminazione e solidarietà viene a rappresentare – volendo ricorrere ad una metafora

⁷¹ Così C. CAPOLUPO, *Uso e abuso dell'articolo 32 della Costituzione: a margine dell'introduzione dell'obbligo vaccinale*, cit., 24. Per l'A., però, “il regime differenziato previsto per il rilascio dell'autorizzazione condizionata potrà non essere un elemento discriminante per qualificare i vaccini anticovid come sperimentali, ma nemmeno consente di identificarli come vaccini sperimentati, in base alla compiutezza della procedura *standard* che si chiude con una autorizzazione definitiva, seguita da un quinquennio di farmacovigilanza. Tra le due procedure esiste una oggettiva differenza ed è superfluo precisare che tutte le vaccinazioni obbligatorie ‘di vecchio conio’ sono state sempre disposte sulla base delle risultanze di ricerche, studi e sperimentazioni più che consolidate nel tempo. In ciò sta il limite che si oppone all'obbligo vaccinale generalizzato. Trattandosi di un limite sostanziale, che di fatto preclude il venire in essere di tutte le altre condizioni cui è subordinata la prescrizione di un obbligo vaccinale, poco rileva se un'autorizzazione condizionata rappresenta a tutti gli effetti un'autorizzazione formale” (ivi, 29).

⁷² J. HABERMAS, *Proteggere la vita*, cit., 113-114.

⁷³ Ivi, 114-115.

– lo specchio del “pendolo”, per così dire, tra la dignità in senso soggettivo e la dignità in senso oggettiva, ossia, se si vuole, tra l’indegradabilità della singolarità umana (intesa come non strumentalizzabilità della persona *in quanto tale*) e l’obbligo statale di tutela della dignità medesima, che non può non includere la protezione dell’integrità fisica e della vita.

In fondo, si tratta della riproposizione di un’antica domanda sulla portata stessa del concetto giuridico di dignità, e cioè se (e in che modo) esso determini un limite negativo per il legislatore (dignità come sfera soggettiva intangibile di autodeterminazione) e/o un limite positivo (dignità come essenza oggettiva della persona, da tutelare, proteggere e promuovere).

Il grado di oscillazione di questo pendolo, allora, ancora una volta, troverebbe il suo banco di prova nella ragionevolezza (e, per quanto qui ci interessa direttamente, nella “ragionevolezza scientifica”), come è emerso anche dalle sentenze nn. 14 e 15 del 2023 della Corte costituzionale.

5. La giurisprudenza costituzionale del 2023 sugli obblighi vaccinali

La Corte costituzionale è stata chiamata più volte ad esprimersi sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali stabiliti dal legislatore nel periodo dell’emergenza pandemica ai fini del contrasto della diffusione del Covid-19.

In primo luogo, in occasione della sentenza n. 14 del 2023, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’obbligo vaccinale rispetto al solo parametro dell’art. 32 Cost., a seguito dell’ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana (CGARS), il quale era stato adito quale giudice di appello avverso una pronuncia del TAR che aveva rigettato il ricorso di uno studente tirocinante per le professioni sanitarie (che era stato escluso dalla frequentazione del tirocinio da un provvedimento dell’Università di Palermo in quanto non vaccinato).

Riconosciuta la rilevanza della questione (differentemente da quanto ritenuto dal TAR come giudice di prime cure), in considerazione dell’applicabilità dell’obbligo vaccinale anche agli studenti tirocinanti per identità di ratio rispetto al personale sanitario, il CGARS, dopo apposita istruttoria, aveva rilevato anche la “non manifesta infondatezza” della questione medesima.

L’ordinanza di rimessione, tuttavia, era caratterizzata da un’incongruenza di base: da una parte, infatti, veniva riconosciuta la rilevanza della questione, sul presupposto dell’identità di ratio della fattispecie rispetto all’obbligo imposto al personale sanitario, essendo tale ratio individuata nel beneficio, *rectius* nella protezione, alla salute dei soggetti terzi; dall’altra parte, però, acquisiti i dati empirici sull’insufficienza del vaccino ai fini della riduzione del contagio, lo stesso CGARS sosteneva che l’efficacia del trattamento consisteva nel contenimento dei decessi e delle ospedalizzazioni, proteggendo le persone non già dal contagio in sé e per sé, quanto dalle sue conseguenze più gravi: così facendo, però, il giudice

a quo riconosceva nell'obbligo vaccinale in oggetto una ratio puramente "ambulatoria"⁷⁴ (cioè la riduzione della pressione degli ammalati sugli ospedali).

In altre parole, cioè, il ragionamento del CGARS finiva col rivelarsi intrinsecamente contraddittorio, nella misura in cui riconosceva, in relazione alla stessa norma impugnata, due rationes differenti, l'una in sede di valutazione della rilevanza della questione (la tutela della salute pubblica, conformemente all'art. 32 Cost.), l'altra in sede di valutazione della "non manifesta infondatezza" (la minimizzazione dei ricoveri ospedalieri).

Conseguentemente, "il CGARS, modificando il presupposto di costituzionalità (dalla prevenzione del contagio alla prevenzione della malattia), priva di ogni senso la disciplina delle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo, che da draconiana diventa illogica. Nella misura in cui si è piegato il presupposto di costituzionalità al dato di fatto rappresentato dalla capacità di evitare (non il contagio) ma la pressione sugli ospedali, perché escludere il tirocinante dalla frequenza dei corsi? Non deriva, pertanto, da un caso, ma da un'esigenza logica, che quando il collegio ha motivato sulla rilevanza, abbia avvertito l'impossibilità di allontanarsi dalla ratio tradizionale. Non sarebbe stato possibile, infatti, giustificare l'esclusione del tirocinante dai corsi in base alla riduzione della pressione sugli ospedali (non avrebbe avuto alcun senso, anzi l'avrebbe aggravata): solo la tradizionale ratio dell'obbligo (la protezione dei terzi), non a caso richiamata in tale punto, può soccorrere. Per non incorrere in tutte queste insanabili contraddizioni, esigenze di coerenza logica avrebbero imposto che, una volta preso atto dell'irraggiungibilità dello scopo dichiarato dal legislatore (prevenzione dal contagio), fosse stato proprio questo il punto su cui sollevare il dubbio di costituzionalità"⁷⁵.

La contraddittorietà dell'ordinanza di rimessione, peraltro, si coglieva anche nella valutazione dei dati scientifici, oltre che nell'apprezzamento degli effetti avversi della vaccinazione, dalla cui evidenza si faceva discendere una incompatibilità dell'obbligo con l'art. 32 Cost. (mentre invece, come si è precedentemente analizzato, la consolidata giurisprudenza costituzionale in materia non esclude, ai fini della validità dell'obbligatorietà di un trattamento sanitario, l'esistenza di conseguenze negative per l'individuo, purché tali effetti siano giudicati "normali" o ragionevolmente tollerabili e sempre a patto che sia riconosciuto, in conformità alla ratio del principio solidarista, un indennizzo).

La Corte costituzionale ha così facile gioco nel rigettare questa censura, applicando i principi della sua consolidata giurisprudenza sul punto⁷⁶.

⁷⁴ Così C. IANNELLO, *La ratio dell'obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023, 56.

⁷⁵ Ivi, 56-57.

⁷⁶ Osserva, invece, sul punto, G. CERRINA FERONI, *Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023, 267, che "si inserisce nella motivazione della Corte un passaggio allarmante, in quanto scardina la stessa sistematica elaborata dalla giurisprudenza costituzionale che aveva circoscritto le vaccinazioni obbligatorie conformi a Costituzione a quelle che determinino effetti avversi 'tollerabili'. In tale, sia pur breve, passaggio la sentenza n. 14 ha affermato invece che sarebbero legittime costituzionalmente anche le vaccinazioni che comportino effetti avversi intollerabili, nel qual caso è dovuto un indennizzo. Qui il vulnus all'intera sistematica della pregressa elaborazione costituzionale è pesante, al punto di poter dire che si incrina il «patto di solidarietà tra individui e collettività», costruito dalla stessa Corte costituzionale. Il requisito della tollerabilità delle reazioni avverse per i vaccinati ha assunto fino ad ora un'importanza centrale nella individuazione del punto di equilibrio tra esigenza collettive e tutela dei diritti individuali: poteva accettarsi

Più complesso, invece, il ragionamento intorno alla “ratio” dell’obbligo vaccinale, atteso che “la sentenza n. 14/2023 si è districata in questo groviglio riuscendo a tenere ferme due posizioni: ribadire la ratio consolidata dell’obbligo vaccinale e, allo stesso tempo, non accogliere la qlc, salvando la legge”⁷⁷.

La Corte, difatti, ha riconosciuto che l’obbligo vaccinale non si giustifica in base alla riduzione della pressione ospedaliera, quanto piuttosto, in termini di benefici per la salute pubblica – conformemente allo spirito dell’art. 32 Cost. –, rispetto alla funzione preventiva della diffusione del contagio.

Scopo, quest’ultimo, che emergeva chiaramente, d’altronde, dalla stessa disciplina legislativa (e, segnatamente, dalle motivazioni del decreto-legge e nello stesso articolato del testo): la funzione dell’obbligo vaccinale, in buona sostanza, risiede nella protezione della salute dei terzi, in accordo alla ratio dell’art. 32 Cost.

In effetti, la stessa previsione dell’allontanamento del non vaccinato dall’ambiente di lavoro ospedaliero, con sospensione della retribuzione, quale conseguenza dell’inadempimento dell’obbligo legislativamente imposto, rispondeva proprio al fine di tutelare la salute dei terzi, altrimenti una siffatta limitazione si sarebbe rivelata puramente arbitraria e discriminatoria.

Eppure, se astrattamente il ragionamento così condotto appare lineare e di immediata comprensione, il confronto con la situazione di fatti si rivelava un problema non indifferente per la valutazione della ragionevolezza dell’imposizione, in quanto i dati empirici – come evidenziato dallo stesso giudice rimettente – ormai facevano emergere che anche i vaccinati finivano con l’essere contagiati (e con il contagiare a loro volta), sicché – da un punto di vista statistico – si sarebbe potuta porre in questione l’idoneità stessa della misura rispetto al suo scopo (cioè la riduzione del contagio e, conseguentemente, la tutela della salute dei terzi).

La Corte costituzionale, allora, ha inteso confrontare il dato normativo non già con le risultanze fattuali note al momento del giudizio, bensì con le informazioni e le valutazioni scientifiche di cui il legislatore era in possesso allorquando è stato previsto l’obbligo vaccinale.

In altre parole, quindi, è “a quel momento storico”, “in quella situazione data” (scrive la Corte), che doveva riferirsi la valutazione della congruità e della ragionevolezza “scientifica” del trattamento sanitario obbligatorio, tenuto conto delle “risultanze scientifiche disponibili in merito all’efficacia e alla sicurezza dei vaccini” nel momento stesso “dell’introduzione dell’obbligo”.

sul piano costituzionale che si imponesse una prestazione vaccinale obbligatoria, in funzione di obiettivi solidaristici, solo se il sacrificio imposto al singolo, e alla tutela dei suoi diritti individuali, è limitato e circoscritto, condensando ciò nella affermazione del principio di tollerabilità delle reazioni avverse. Nel 2023, invece, la Corte supera il suo precedente orientamento, considerando legittime costituzionalmente anche vaccinazioni che comportino effetti avversi intollerabili, purché ci sia il ristoro economico dell’indennizzo”.

⁷⁷ C. IANNELLO, *La ratio dell’obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 60.

Per la Corte, dunque, il “sindacato riguarda la coerenza della disciplina con il dato scientifico posto a disposizione”, tenuto conto cioè delle conoscenze medico-scientifiche di “quel momento storico”.

Inoltre, la transitorietà della disciplina ha inciso, nella valutazione della Corte, sulla “verifica della legittimità costituzionale della normativa” (attesa, peraltro, l’anticipazione al 1° novembre 2022 del rientro in servizio del personale sanitario sospeso per la mancata vaccinazione).

In buona sostanza, il sindacato richiesto alla Corte costituzionale presupponeva di “verificare se il legislatore – utilizzando il dato medico-scientifico posto a disposizione dalle autorità di settore – si sia mantenuto in un’area di “attendibilità scientifica” e se abbia assunto una decisione non irragionevole nonché idonea e non sproporzionata rispetto alla finalità perseguita”.

Si è detto, perciò, correttamente che “il giudice costituzionale ha ‘giustificato’ l’operato del legislatore del 2021 perché aveva espressamente dichiarato nella legge impositiva dell’obbligo che la finalità perseguita era la prevenzione dell’infezione e perché si è calato indietro nel tempo, cioè «in quel momento storico» in cui è stata scritta la disciplina sull’obbligo: le informazioni allora disponibili lasciavano ipotizzare che la vaccinazione fosse strumento idoneo per prevenire la diffusione del virus («la finalità perseguita» dal legislatore, richiamata dalla Consulta, è quella dichiarata dallo stesso legislatore nel testo del d.l. 44/2021). Solo ragionando in tal modo la Corte è riuscita a ribadire che il d.l. 44/2021 era coerente con il presupposto di costituzionalità dell’obbligo vaccinale, rappresentato dalla tutela della salute pubblica (prevenzione dell’infezione)”⁷⁸.

In tal modo, la Corte ha giudicato la “ragionevolezza scientifica” della norma impugnata – non per questo aderendo in toto alle tesi intorno all’esistenza di una riserva di scienza *stricto sensu* intesa –, verificando il corretto impiego del dato scientifico (sicché questo viene a rafforzare il tradizionale giudizio secondo i canoni di ragionevolezza, congruità, proporzionalità) da parte del legislatore nel momento storico in cui ha introdotto la disciplina. Ed è muovendo da questi presupposti che è derivato il rigetto della questione prospettata dal CGARS.

Se il ragionamento condotto dalla Corte nella sentenza n. 14 del 2023 appare condivisibile, nella misura in cui conferma la consolidata giurisprudenza in materia di trattamenti sanitari obbligatori, maggiori perplessità desta, a ben vedere, la sentenza n. 15, con la quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi – a seguito di ben 10 ordinanze di rimessione – intorno alla legittimità costituzionale della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione come conseguenza dell’inadempimento dell’obbligo vaccinale.

A differenza della disciplina inizialmente prevista in sede di d.l. 44/2021 (che, per i non vaccinati, aveva predisposto l’obbligo per il datore di lavoro di *repêchage*, cioè l’attribuzione di mansioni tali da non determinare il contatto con il pubblico e, segnatamente, con i pazienti, relativamente al personale sanitario), il successivo d.l. 172/2021 ha stabilito, come conseguenza della mancata vaccinazione, la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione,

⁷⁸ Ivi, 63.

senza neppure il riconoscimento di un assegno alimentare e senza che il datore di lavoro potesse verificare in concreto la sussistenza di un effettivo pericolo di contagio.

Le ordinanze di rimessione prospettavano così una violazione dei parametri degli artt. 4 e 36 Cost. e, rispetto al giudizio di ragionevolezza, ricorrevano ad un *tertium comparationis* rappresentato dalla previsione dell'obbligo di corresponsione di un assegno alimentare per il lavoratore sospeso in costanza di un procedimento disciplinare o penale.

Proprio il riferimento a questo *tertium comparationis* non è convincente, tant'è vero che la Corte ha facile gioco – giustamente – nell'evidenziarne la non pertinenza, atteso che l'assolvimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno alimentare al lavoratore sospeso da parte del datore di lavoro intanto si giustifica in quanto è il datore medesimo a decretare la sospensione, in conseguenza del coinvolgimento del lavoratore in un procedimento disciplinare o penale. Al contrario, nel caso di specie, la sospensione è una conseguenza “automatica”, discendente direttamente dalla legge, a seguito dell'inadempimento dell'obbligo di vaccinazione.

Se questo ragionamento è condotto correttamente dalla Corte, tuttavia non convincono le argomentazioni che essa espone per giungere alla decisione di rigetto delle questioni prospettate.

La premessa (corretta) dalla quale la Corte muove – cioè che il rifiuto di vaccinarsi è pur sempre esercizio di una libertà fondamentale, quella di autodeterminazione terapeutica, di talché la sospensione non può essere configurata alla stregua di una sanzione – non è congruente con la conclusione del ragionamento.

La Corte, peraltro, accoglie una prospettiva pressoché esclusivamente di tipo privatistico⁷⁹: se vi è sospensione – in quanto discendente direttamente dalla legge come conseguenza della mancata vaccinazione – allora vi è interruzione del sinallagma contrattuale; se si verifica tale interruzione nel rapporto di lavoro, pertanto la retribuzione è ingiustificata e, correlativamente, deve anch'essa essere sospesa.

Un ragionamento carente, a ben vedere, almeno sotto due punti di vista.

⁷⁹ A censurare questo modo di ragionare esclusivamente privatistico è, in particolare per quanto attiene al mancato riconoscimento di un assegno alimentare, G. CERRINA FERONI, *Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, cit., 278-279, secondo la quale “la Corte costituzionale non ha seguito la strada dei valori e del loro bilanciamento ma ha imboccato il più asettico cammino della lettura civilistica delle questioni ad essa sottoposte. L'obbligo vaccinale entra nel sinallagma contrattuale, il lavoratore sceglie volontariamente di non adempiere a tale obbligo, risulta conseguentemente inidoneo allo svolgimento delle mansioni ad esso assegnate, il che rende pacifico e del tutto consequenziale il mancato diritto al conseguimento di ogni forma di retribuzione. È quindi tutto e solo una questione di correttezza. Eppure, la stessa Corte ha evocato poi il concetto centrale, quello che avrebbe dovuto costituire oggetto di ben altra considerazione, cioè il principio solidaristico; ma lo ha richiamato solo per escludere che risultasse costituzionalmente obbligata la corresponsione a titolo solidaristico di una indennità assistenziale. Il lavoratore non si vaccina per scelta personale, intima, che attiene alla sua persona, alla sua visione del mondo, al suo sentire il suo corpo e la sua vita. Ma a fronte di ciò non scatta, secondo la Corte, una dimensione solidaristica minima, come la previsione di un assegno che assicuri un minimo vitale. È solo questione di obblighi contrattuali, di equilibrio contrattuale, dietro ai quali scompare la persona umana dell'art. 2 Cost. e il suo necessario rispetto anche in presenza di trattamenti obbligatori di cui all'art. 32, comma 2, Cost. Non si può sottrarsi dal vedere, dietro tanto rigore, una volontà di condanna, venendo nei fatti riservato ai non vaccinati un trattamento peggiore rispetto a quello di chi ha commesso reati, che possono essere anche particolarmente gravi. Ne viene fuori un risultato illogico e profondamente ingiusto”.

In primo luogo, la Corte non sembra considerare adeguatamente il “peso” rafforzato che il diritto al lavoro deve assumere nei giudizi di bilanciamento: è vero, come si è sempre sostenuto in questa sede, che non esiste alcun diritto “tiranno”, ma ciò non significa, per ciò solo, che la Costituzione non richieda graduazioni di tutele differenti in relazione ai diversi diritti fondamentali.

Il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) è, infatti, strettamente connesso al fondamento stesso della Repubblica democratica, secondo l’art. 1 Cost., espressione dell’“idea-forza” mortatiana della costituzione materiale, e lo stesso diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.) vi è intimamente collegato, ponendosi peraltro come espressione della dignità stessa della persona (come rivela il riferimento all’“esistenza libera e dignitosa” che il medesimo articolo contiene).

Il bilanciamento tra la tutela della salute pubblica e il diritto al lavoro del singolo doveva, perciò, tenere conto di questo rapporto indissolubile che lega quest’ultimo all’essenza stessa della forma di Stato designata nella Costituzione repubblicana.

Collocandosi, invece, in un’ottica marcatamente gius-privatistica, la Corte ha finito col sottovalutare la portata precettiva degli artt. 4 e 36 Cost., non valutando adeguatamente la ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore e finendo col prospettare una conclusione decisamente “formalistica”.

È vero, infatti, che la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione non è *formalmente* configurata dal legislatore alla stregua di una sanzione – non potendo avvenire diversamente, giusta le premesse che la Corte medesima correttamente considera –.

Tuttavia, essa, invero, finisce col produrre effetti *sostanzialmente* sanzionatori⁸⁰, che impattano direttamente sulla dignità della persona e del lavoratore, violando il contenuto essenziale del diritto al lavoro e alla retribuzione proporzionata e sufficiente.

Il *Wesensgehalt* del diritto fondamentale ex artt. 4 e 36 Cost., cioè, è stato leso dal legislatore, nella misura in cui esso non ha predisposto – nel bilanciamento con le esigenze di tutela della salute pubblica ex art. 32 – misure alternative (e meno restrittive) della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione.

In buona sostanza, si sarebbe dovuto correttamente impiegare il test di proporzionalità, nel suo (descritto) triplice contenuto di idoneità, necessità e adeguatezza.

Orbene, è proprio la necessità della misura della sospensione che può essere seriamente revocata in dubbio, non avendo il legislatore (e la Corte in sede di controllo) verificato se si sarebbero potute impiegare misure, aventi lo stesso scopo (peraltro un fine non sanzionatorio, come riconosce la Corte stessa), ma meno restrittive.

Per esempio, il legislatore avrebbe potuto prevedere il repêchage, vincolando il datore di lavoro ad attribuire diverse mansioni al lavoratore non vaccinato, tali da non implicare il contatto con il pubblico e, in generale, da minimizzare il rischio di contagio.

Non sarebbe, perciò, sufficiente il mero riconoscimento della “peculiarità” dell’ambiente sanitario, come invece ritiene la Corte, per escludere la possibilità del repêchage e per ritenere operanti eccezionali esigenze di natura solidaristica giustificative della sospensione.

⁸⁰ V. anche G. CERRINA FERONI, op. cit., 279.

Resta fermo, peraltro, che il legislatore stesso avrebbe potuto comunque riconoscere in via generale e astratta – e *sussidiariamente*, cioè nell'ipotesi in cui non sarebbe stato possibile da parte del datore di lavoro conferire mansioni diverse al lavoratore sanitario non vaccinato – il godimento di un assegno di natura esclusivamente alimentare.

D'altronde – è stato opportunamente osservato sul punto – “se la questione è quella di tutelare la salute (...) non può essere valutata la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni che non lo mettano in contatto con gli utenti del servizio (almeno ove ciò sia possibile) in tal modo continuando a corrispondergli lo stipendio? Si tratta di alternativa assolutamente plausibile, come dimostra con ben tre previsioni normative lo stesso legislatore”.

- 1) *Prima previsione*: “la possibilità di adibire i lavoratori non vaccinati ad altre mansioni (così conservandoli al lavoro) è stata prevista per i sanitari che non avessero potuto (per ragioni di salute) vaccinarsi, ma non per chi non avesse voluto vaccinarsi”;
- 2) *Seconda previsione*: “la possibilità di adibire chi non avesse voluto vaccinarsi a mansioni diverse compatibili è stata prevista per i lavoratori della scuola ma non per quelli della sanità”.
- 3) *Terza previsione*: “la suddetta possibilità di repêchage era stata in realtà prevista anche per i lavoratori della sanità che non avessero voluto vaccinarsi dal decreto-legge n. 44 del 2021 nella sua stesura originaria, che è stata però emendata sul punto dal successivo decreto-legge n. 172 del 2021”⁸¹.

Per questi motivi, appare evidente, in conclusione, che sotto molti aspetti la sentenza n. 15 del 2023 (diversamente dalla precedente sentenza n. 14, in cui l'argomentare della Corte si è mosso nel solco della consolidata giurisprudenza in materia con particolare prudenza) si rivela alquanto carente, non solo perché non sono stati tenuti in adeguata considerazione i parametri rappresentati dagli artt. 4-36 Cost. ma anche perché non è stato opportunamente articolato e sviluppato il test di proporzionalità (che, per quanto attiene in particolare alla verifica della necessità della misura, avrebbe potuto condurre all'individuazione di modalità alternative di misure restrittive, ai fini della salvaguardia del *Wesensgehalt*, cioè del “contenuto essenziale” del diritto fondamentale.

⁸¹ G. CERRINA FERONI, *Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, cit., 273-274. Osserva convincentemente, ancora sul punto, l'A. (ivi, 275) che è “difficile non riportare alla mente che la sospensione dal lavoro senza stipendio dei lavoratori della sanità che non vogliono vaccinarsi costituisce misura drastica, che incide pesantemente sul lavoratore e sulla sua famiglia, quindi sui diritti tutelati dagli artt. 35 e 36 Cost.; il non vaccinato deve stare a casa e non guadagna niente. Perché non aprire ad una previa valutazione da parte dei singoli datori di lavoro della possibilità di impiego alternativo dei lavoratori non vaccinati? La risposta è semplice: l'istituto del repêchage viene escluso sostanzialmente per non creare problemi organizzativi: non si vuole «addossare al datore un obbligo generalizzato di adottare accomodamenti organizzativi». Appare affermazione irragionevole, pur in presenza della complessa situazione emergenziale, quella della prevalenza delle esigenze organizzative delle strutture amministrative e dei datori di lavoro rispetto al diritto del singolo a svolgere le sue mansioni lavorative e trarne il sostentamento”.