

Obbligo vaccinale e (presunta) applicazione del principio di precauzione “in modo inverso”

di Marco Calabrò

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La rilevanza del principio di precauzione nelle politiche pubbliche in periodo emergenziale. – 3. La prospettata applicazione del principio di precauzione “in modo inverso”: un modello che non convince. – 4. Conclusioni. La “tirannia” solidaristica e il mancato bilanciamento tra la dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute.

1. *La vicenda*

Con ordinanza n. 38 del 17 gennaio 2022, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – chiamato a pronunciarsi sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, d.l. n. 44/2021, nella parte in cui impone l’obbligo vaccinale da Covid-19 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario – ordina al Ministero della Salute di realizzare un’istruttoria relativa ad una serie di profili e di presentare una dettagliata relazione, al fine di fornire al Collegio tutti gli elementi necessari per decidere circa la sussistenza o meno dei presupposti per il rinvio della questione alla Consulta.

La vicenda origina da un ricorso presentato da uno studente di Scienze infermieristiche avverso l’atto con il quale il Rettore dell’Università di Palermo gli aveva negato la possibilità di svolgere il tirocinio formativo all’interno delle strutture sanitarie, in quanto non vaccinato. In disparte alcuni profili di illegittimità del provvedimento rettorale, parte ricorrente eccepiva l’incostituzionalità della citata disposizione normativa sulla base di una serie di elementi, tutti sostanzialmente legati al presunto carattere “sperimentale” dei vaccini attualmente in circolazione, nonché alla violazione del principio sul libero consenso alle sperimentazioni¹.

Non è la prima volta che la questione della legittimità costituzionale dell’art.

¹ Tale principio viene per la prima volta elaborato all’interno del c.d. Codice di Norimberga, ovvero quell’insieme di principi inerenti la sperimentazione medica sull’uomo formulati in occasione del processo svoltosi al termine della seconda guerra mondiale contro i medici nazisti, colpevoli di aver perpetrato torture e sperimentazioni disumane nei campi di concentramento. In particolare, ivi viene tra l’altro affermato che “la persona coinvolta dovrebbe avere la capacità legale di dare il consenso, e dovrebbe quindi esercitare un libero potere di scelta, senza l’intervento di qualsiasi elemento di forzatura, frode, inganno, costrizione, esagerazione o altra ulteriore forma di obbligo o coercizione; dovrebbe avere, inoltre, sufficiente conoscenza e comprensione dell’argomento in questione tale da metterlo in condizione di prendere una decisione consapevole e saggia”. Sul tema v. R. DE FRANCO, *In nome di Ippocrate. Dall’“olocausto medico” nazista all’etica della sperimentazione contemporanea*, Milano, 2001.

4 cit. viene prospettata innanzi al giudice amministrativo; tuttavia nelle precedenti occasioni essa è stata sempre esclusa², attraverso il richiamo di quel consolidato orientamento della Consulta secondo cui l'imposizione normativa di un obbligo vaccinale sarebbe compatibile con l'art. 32 Cost. – in quanto coerente con la qualificazione della tutela della salute non solo come diritto dell'individuo ma anche come diritto della collettività – purché il vaccino non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e in ogni caso purché sia prevista, nell'ipotesi di danno ulteriore, la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato³. Ebbene, la pronuncia in commento appare di notevole interesse, non solo in quanto per prima sembra “aprire” alla possibile sottoponibilità della questione alla Corte Costituzionale⁴, ma anche in ragione della completezza della disamina dei molteplici profili di specificità che connotano la disciplina in esame e che potrebbero giustificare l'eventuale rinvio alla valutazione della legittimità della stessa alla Consulta.

Il tenore del presente scritto non consente, evidentemente, di soffermarsi *funditus* sulle diverse questioni oggetto di possibile analisi che emergono dalla lettura della pronuncia. Si intende, piuttosto, concentrarsi sull'esame di uno specifico passaggio dell'ordinanza in commento ove – nel richiamare la precedente pronuncia del Consiglio di Stato n. 7045/2021⁵ – il collegio pone a

² La prima pronuncia con la quale il giudice amministrativo ha respinto la censura relativa alla questione di legittimità costituzionale in parola è Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *www.giustizia-amministrativa.it*. A questa sono poi seguite una serie di pronunce del medesimo tenore: cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 17 gennaio 2022, n. 109; Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2022, n. 583.

³ Cfr. Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 23 febbraio 1998, n. 27; Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107; Corte cost., 16 ottobre 2000, n. 423; Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 5. Per un'analisi di tale orientamento costituzionale si rinvia a L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018; S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 47 ss.

⁴ Si segnala, tuttavia, che successivamente alla pubblicazione dell'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, il T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, con ordinanza n. 192 del 14 febbraio 2022 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 4, del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, nella parte in cui prevede, quale effetto dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie. La vicenda, in quel caso, riguarda tuttavia una fattispecie parzialmente differente, nella misura in cui parte ricorrente, che svolge la professione di psicologo, è stato sospeso dalla possibilità di svolgere la propria attività perché non vaccinato, nonostante egli potesse svolgere la professione da remoto, quindi senza alcuna possibilità di contatto diretto con i propri pazienti.

⁵ Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, con la quale – nel dichiarare la legittimità degli atti con i quali le Aziende Sanitarie del Friuli Venezia Giulia hanno dato attuazione alla regola

fondamento dell'introduzione dell'obbligo vaccinale, tra l'altro, il principio di precauzione.

Tuttavia – ed ecco il profilo di specificità della pronuncia – ivi si afferma che in periodo pandemico il principio di precauzione opererebbe in modo inverso, “controintuitivo”, in quanto, mentre la sua applicazione classica comporta l'apposizione di limiti pur in presenza di risultanze scientifiche incerte (obbligo di *non facere*), nel caso di specie esso – sulla base dei medesimi presupposti (dati scientifici non definitivi) – comporterebbe l'imposizione di un obbligo di *facere*, incidente, tra l'altro, su un diritto fondamentale. In particolare, viene affermato che “in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco”.

Con il presente scritto, pertanto, non ci si soffermerà sul più generale profilo della legittimità costituzionale dell'introduzione dell'obbligo vaccinale, quanto, più limitatamente, ci si propone di verificare la correttezza o meno del richiamo a tale “principio di precauzione inverso”, quale fondamento dell'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari.

2. *La rilevanza del principio di precauzione nelle politiche pubbliche in periodo emergenziale*

È un dato pacifico che – sebbene sia sorto al fine di garantire la massima tutela ai beni ambientali⁶ – il principio di precauzione trova applicazione anche

dell'obbligo vaccinale prevista dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021 a carico degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario – si afferma che i vaccini anti Covid-19 non possono essere considerati sperimentali e che la previsione di un obbligo vaccinale nei confronti degli operatori sanitari risponderebbe al generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché alla tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. nella sua accezione collettiva. Per un commento a tale pronuncia si rinvia a F. GAMBARDILLA, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà*; S. CAGGEGI, *Premesse alla lettura della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza, 20 ottobre 2021, n. 7045 sull'obbligo vaccinale*; G. SCARSELLI, *Nota a Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045*; tutte in www.giustiziainsieme.it.

⁶ La prima formulazione definitoria del principio di precauzione è, come noto, presente nella Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, in occasione della prima Conferenza delle Nazioni Unite

in ambito sanitario⁷, comportando che in caso di rischio di un danno grave e irreversibile, l'assenza della piena certezza scientifica non può costituire una ragione valida per differire l'adozione di misure dirette a prevenire l'accadimento del danno⁸.

La *ratio* di tale modello di intervento riposa, evidentemente, nella tendenziale non riparabilità di eventuali danni che beni quali le risorse ambientali o la salute umana dovessero subire⁹, il che legittima l'adozione di una strategia cautelativa di gestione del rischio in presenza anche di soli indizi di effetti negativi, e della mancanza di disponibilità di dati idonei a consentire una valutazione completa del rischio stesso¹⁰.

sull'ambiente e lo sviluppo. Tale principio è stato in seguito introdotto a livello europeo dal Trattato di Maastricht, per poi essere trasfuso nell'art. 191 del TFUE, ove sono indicati gli obiettivi e i principi della politica dell'UE in materia ambientale. Sul punto v. R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 3/2005, 509 ss.; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti, istituti*, Napoli, 2013, 127 ss.

⁷ “Il principio di precauzione fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto. L'attuazione del principio di precauzione comporta, dunque, che ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 aprile 2021, n. 4006, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In termini v. anche T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, 29 aprile 2021, n.32, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12 dicembre 2019, n. 14311, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1/2020, 138. Sulla “trasversalità” del principio di precauzione v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 413 ss.

⁸ M. CALABRÒ, *Ambiente*, in M. CALABRÒ, F. GAMBARDILLA, G. MARI, A. PIETROSANTI, M.R. SPASIANO, P. TANDA (a cura di), *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Napoli, 2020, 273 ss., spec. 276-277. La letteratura in tema di principio di precauzione è molto vasta; senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; I. M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Napoli, 2011, 2177 ss.; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.

⁹ R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020, 43. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 5 maggio 2014, n. 183, in *Foro amm.*, 5/2014, 1546.

¹⁰ “Il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano sul binomio analisi dei rischi – carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura” (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655, in *Foro amm.*, 10/2019, 1607). Esamina il nesso tra rischio, conoscenza e interventi precauzionali G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 171 ss. Sottolinea come il principio di precauzione non conduca al “rischio zero”, bensì ad un bilanciamento tra rischi e vantaggi di una azione, sulla base del principio di proporzionalità M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 2020, 9-10.

Ciò posto, è evidente come in un periodo emergenziale di rischio per la salute pubblica, quale una pandemia, il principio in questione rappresenti uno dei principali parametri di riferimento del decisore pubblico¹¹, registrandosi appieno entrambi i presupposti richiesti dalla normativa, ovvero, da un lato, il rischio di danno grave e irreversibile, e dall'altro, una situazione di incertezza scientifica¹².

Nel caso di specie, tra l'altro, l'incertezza appare duplice: essa, infatti, non origina unicamente dall'assenza di un adeguato periodo di verifica circa gli effetti della somministrazione del vaccino, ma anche da un contesto in cui la scienza si presenta profondamente divisa¹³. L'oggettiva complessità del quadro fattuale, l'assenza di dati aggiornati e verificabili, l'impossibilità di dimostrare con sufficiente univocità il nesso eziologico tra gli eventi, conduce inevitabilmente alla prospettazione di posizioni scientifiche divergenti e, quindi, alla apparente "falsificabilità" di qualsiasi affermazione scientifica¹⁴.

La dottrina più recente rinvia, al riguardo, alla nozione di "scienza incerta"¹⁵, secondo cui, in settori quali la salute o l'ambiente, qualsiasi decisione – anche laddove adeguatamente ponderata – conterrebbe in sé una parte di "ignoto irriducibile"¹⁶. Se questo è vero, se l'impossibilità di conseguire nel breve periodo

¹¹ M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dall'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1/2006, 1 ss. In generale, sul tema dell'esercizio del potere amministrativo a carattere emergenziale v. A. CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, in *Rivista AIC*, 1/2021; L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.

¹² Sul rapporto tra scienza e diritto amministrativo, in un contesto nel quale sempre più spesso la scienza non è in grado di fornire dati e risposte dotate di un grado di certezza sufficiente ad orientare il decisore pubblico, si rinvia a A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, 16; P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013; L. VIOLINI, *Il problematico rapporto tra scienza e diritto: i fronti aperti, la questione del metodo*, in L. ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa*, Bologna, 2016.

¹³ E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, 1/2021, 140. Sulla inevitabilità che, tra ordinamenti differenti, vi siano profonde diversità negli accertamenti della tecnica, in termini di modelli di valutazione, procedimenti e, quindi, risultati, v. A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 435-436. La peculiarità dell'attuale situazione è riscontrabile, tuttavia, nella circostanza che scienziati che operano nel medesimo ordinamento, seguendo medesimi principi e modelli di indagine, offrono prospettazioni profondamente differenti l'una dall'altra.

¹⁴ M.R. SPASIANO, *Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e altre questioni in tema di obbligo vaccinale*, in questo fascicolo di questa *Rivista*; N. BERTI, M. SILVESTRI, *Decisioni amministrative e "ignoto" scientifico-tecnologico: il riesame delle autorizzazioni nei settori del rischio*, relazione al Convegno AIPDA 2017, *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, 5-7 ottobre 2017.

¹⁵ R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1/2020, 14 ss.

¹⁶ E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, cit., il quale sottolinea che "l'ignoto, in tale ottica, reca con sé l'idea di una impossibilità di ricondurre una certa situazione fattuale entro una logica di previsione *ex ante*: in ciò consiste la sua

un livello di certezza sufficiente rappresenta un dato congenito ed ineludibile, il modello di risposta da parte dell'ordinamento alle situazioni emergenziali non può non adeguarsi: il decisore pubblico, allora – proprio in forza del principio di precauzione – è chiamato ad intervenire vietando o limitando attività potenzialmente pericolose a tutela di interessi primari (individuali e collettivi), anche in assenza di una effettiva misurabilità del rischio connesso alle suddette attività; nel contempo, tuttavia, egli è tenuto a mostrarsi pronto a rivedere le proprie scelte alla luce della evoluzione dello stato emergenziale e dell'aggiornamento delle risultanze scientifiche¹⁷.

Ed in effetti, nel corso dell'attuale periodo pandemico, in diverse occasioni si è registrata una corretta applicazione del principio di precauzione: la gravosità dei diversi provvedimenti di chiusura che hanno condotto al c.d. *lock-down* è stata giustificata proprio in ragione della oggettiva incertezza dell'analisi del rischio, in uno con la necessaria tempestività dell'azione, a fronte di un pericoloso innalzamento della curva pandemica¹⁸. A questo – coerentemente con il carattere adattativo delle scelte emergenziali – è consequenzialmente seguita una permanente azione di monitoraggio e revisione delle scelte, anche attraverso la programmazione della graduale ripresa delle attività economico-produttive e sociali. Lo stesso piano vaccinale, del resto, è stato ispirato a tale approccio, ricorrendo alle c.d. autorizzazioni condizionate dei vaccini¹⁹, rilasciate sulla base di dati che in altri contesti sarebbero stati ritenuti insufficienti, e obbligatoriamente assoggettate ad un processo di continuo riesame²⁰.

Tralasciando le indiscutibili criticità in termini di assenza di trasparenza, intesa come comprensibilità delle ragioni che hanno condotto alla imposizione

irriducibilità, ossia nella non “riduzione” di un fenomeno e dei suoi sviluppi alle logiche proprie dell'azione preventiva e della misurazione del tipo di impatto che da esso possa scaturire”, 144-145.

¹⁷ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 265-266; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Le calamità naturali e le risposte del diritto al rischio di alluvioni: un'analisi comparata tra Italia e Spagna*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 381 ss.

¹⁸ F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, 2020.

¹⁹ La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come il rilascio di una autorizzazione condizionata non renda i relativi vaccini “farmaci sperimentali”, bensì più semplicemente comporti una diversa (certamente meno rigorosa) forma di verifica degli stessi. “I quattro vaccini attualmente disponibili per l'infezione da Covid-19 non sono in fase di sperimentazione, perché non può considerarsi tale la procedura di autorizzazione condizionata (cosiddetto Cma, Conditional marketing authorisation) da parte della Commissione, previa raccomandazione dell'EMA. Si tratta di uno strumento collaudato che arriva a valle di un rigoroso processo di valutazione scientifica che non consente alcuna equiparazione dei vaccini a farmaci sperimentali” (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 10 settembre 2021, n. 261, in *Guida al diritto*, 37/2021).

²⁰ A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., 438-439.

di così forti limiti²¹, le politiche pubbliche di contenimento e contrasto dell'epidemia da Covid-19 appaiono, quindi, ispirate ad un metodo precauzionale "spinto", ovvero teso ad imporre limitazione rivelatesi in un secondo momento forse non del tutto giustificabili in termini di proporzionalità della misura, ma necessitate proprio dalla peculiare incertezza scientifica connessa all'analisi del rischio.

3. *La prospettata applicazione del principio di precauzione "in modo inverso": un modello che non convince.*

Pertanto, a ben vedere – a dispetto di quanto affermato dal Consiglio di Stato nella decisione n. 7045/2021 cit. e ribadito dall'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa che si commenta – il periodo emergenziale che stiamo vivendo ha registrato una ampia applicazione del principio di precauzione non in senso inverso, bensì proprio nella sua espressione classica, ovvero quale parametro decisorio in ragione del quale – in una prospettiva solidaristica del diritto alla salute²² – prevalenti esigenze di tutela della salute collettiva hanno legittimato l'apposizione di limiti ad altri diritti o libertà (iniziativa economica; circolazione, ecc.), pur in un contesto di forte incertezza scientifica²³.

Per quale ragione, dunque, nel caso della disposizione che impone ad alcu-

²¹ Sul tema della centralità del rispetto del principio di trasparenza da parte del decisore pubblico in contesti a carattere emergenziale quale l'attuale pandemia si rinvia a F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del CTS nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 20/2021, 217 ss. Per una analisi del principio di trasparenza con specifico riferimento all'imposizione di un obbligo vaccinale v. A. SIMONATI, *Adempimenti comunicativi e legittimità dell'obbligo vaccinale: la (multiforme) influenza del principio di trasparenza amministrativa*, in questo fascicolo di questa *Rivista*; N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, cit., la quale esamina il tema degli obblighi informativi che incombono in capo all'amministrazione in un'ottica di superamento del modello dell'obbligo vaccinale.

²² Sul diritto alla salute quale espressione (anche) del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., v. L. LORELLO, *Obbligo vaccinale e limiti: una recente decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana*, in questo fascicolo di questa *Rivista*; N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1/2018, 237 ss. In termini cfr. Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118; Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268; Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258; Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307.

²³ Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, in *Foro amm.*, 5/2020, 1103, ove si sottolinea che "le restrizioni dovute alla necessità di contenere l'epidemia sono state adottate, e vengono in questa seconda fase rimosse, gradualmente, in modo che si possa misurare, di volta in volta, la curvatura assunta dall'epidemia in conseguenza delle variazioni nella misura delle interazioni sociali. Un tale modus operandi appare senza dubbio coerente con il principio di precauzione, che deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria quale quello in atto, dovuta alla circolazione di un virus, sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica".

ni soggetti di sottoporsi alla vaccinazione il principio di precauzione dovrebbe trovare una applicazione “inversa”? La risposta, in effetti, è piuttosto intuitiva: il tema dell’obbligo vaccinale fa emergere una dinamica del tutto differente rispetto a quella che generalmente connota la decisione precauzionale (ovvero diritto ambiente/salute vs. altro diritto o libertà), ponendo in contrapposizione due diritti analoghi, attribuiti, però, a categoria soggettive differenti: il diritto alla salute del singolo (*sub specie* di diritto all’autodeterminazione terapeutica)²⁴ vs. il diritto alla salute della collettività²⁵.

A fronte di tale peculiare contrasto (salute contro salute), le risposte della giurisprudenza non sono state sempre univocamente a favore della dimensione collettivistica degli interventi di tutela della salute: basti pensare a quelle pronunce che – in relazione all’uso delle mascherine nelle scuole – hanno concluso per la prevalenza del diritto alla salute del singolo minore con deficit respiratori nei confronti del diritto alla salute degli altri componenti della comunità scolastica²⁶.

E allora, a ben vedere, nel caso dell’imposizione dell’obbligo vaccinale per Covid-19 in capo a determinate categorie di persone, non è corretto parlare di applicazione in senso inverso del principio di precauzione, bensì di (parziale) non applicazione dello stesso²⁷, nella misura in cui esso opera correttamente se si esamina il fenomeno dal punto di vista della accezione collettiva del diritto alla salute, mentre risulta sostanzialmente disapplicato nell’ottica della tutela del diritto alla salute del singolo operatore sanitario: dovendosi tutelare contestualmente due diritti alla salute facenti capo ad ambiti soggettivi differenti, una corretta applicazione del principio di precauzione avrebbe dovuto indurre

²⁴ Nella sua accezione individuale, il diritto alla salute è evidentemente proiezione anche del principio di autodeterminazione terapeutica, già presente nel nostro ordinamento e oggi espressamente affermato dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), il cui art. 1 dispone che “nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”. Sul tema si rinvia a G. LUCCIOLI, *Consenso informato, legge n. 219 del 2017 e sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019 nella prospettiva del giudice civile*, in www.giustiziainsieme.it, 2021; A. CARMINATI, *Il principio di autodeterminazione terapeutica nella Costituzione italiana e i suoi risvolti ordinamentali*, in *Giur. penale web*, 2019.

²⁵ Sulla duplice dimensione, individuale e collettiva, del diritto alla salute v. E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5961 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 gennaio 2021, n. 304, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si dispone che “alla minore non possa essere imposto l’uso del DPI per la durata delle lezioni, essendo il pericolo di affaticamento respiratorio — in mancanza di una costante verificabilità con saturimetro — troppo grave e immediato”. In senso analogo anche Cons. Stato, sez. III, 1 marzo 2021, n. 1006, in www.giustizia-amministrativa.it: “Va sospeso l’obbligo di indossare il DPI (mascherina) per l’intera durata della giornata scolastica da parte di un minore di 12 anni che ha dimostrato difficoltà respiratorie connesse all’uso della mascherina stessa”.

²⁷ In termini F. GAMBARDELLA, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà*, cit., 7.

il legislatore – in una situazione di grave incertezza scientifica ed in presenza di vaccini autorizzati in via d’urgenza, sulla base di dati meno completi di quelli generalmente richiesti – ad individuare soluzioni meno nette ed irreversibili²⁸, quali il tampone obbligatorio o, al più, la raccomandazione della vaccinazione nei confronti degli operatori sanitari²⁹. Come riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale, del resto, “la tecnica della raccomandazione esprime maggiore attenzione all’autodeterminazione individuale [...] e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell’art. 32 Cost., ma è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo”³⁰.

Sarebbe stato questo, in qualche misura, un possibile ambito di applicazione della c.d. *nudge theory*³¹, ovvero di quel modello di decisione pubblica tesa ad

²⁸ Sottolinea il carattere centrale della non reversibilità dell’inoculazione del vaccino A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., 451-452.

²⁹ Sulla necessità che, in situazioni emergenziali quali una pandemia, il decisore pubblico operi un costante bilanciamento tra diritto individuale all’autodeterminazione e diritto alla salute pubblica v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 ottobre 2020, n. 10047, in *Foro amm.*, 10/2020, 1917: “La scelta tra obbligo e raccomandazione ai fini della somministrazione del vaccino costituisce in particolare il punto di equilibrio, in termini di bilanciamento tra valori parimenti tutelati dalla Costituzione (nonché sulla base dei dati e delle conoscenze scientifiche disponibili), tra autodeterminazione del singolo da un lato (rispetto della propria integrità psico — fisica) e tutela della salute (individuale e collettiva) dall’altro lato”.

³⁰ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268. La stessa Consulta in più occasioni ha, parallelamente, osservato come “nell’orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria, la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo” (Corte cost., 26 maggio 2020, n. 118; in termini v. Corte cost., 17 aprile 2019, n. 137; Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 5). Si sofferma sulla maggiore adeguatezza del modello di regolazione basato sul binomio raccomandazione/comunicazione, piuttosto che su quello obbligo/sanzione, in quanto analogamente efficace e maggiormente rispettoso del principio di autodeterminazione individuale A. FAGGIOLI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate. Mutamenti di concezioni, aspettative della comunità, comunicazione per la promozione della salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2/2006, 75 ss.

³¹ Per un’approfondita analisi dei caratteri di tale teoria si rinvia all’ultimo lavoro monografico di A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo*, Napoli, 2021, il quale – partendo dagli studi di economia comportamentale di R.H. THALER, C.R. SUSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008, trad. it. di A. OLIVIERI, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano 2009 – si interroga sulla compatibilità della *nudge theory* con il diritto e, in particolare, con l’esercizio della funzione amministrativa. Sul tema è sorto un interessante dibattito in letteratura, in ordine al quale si rinvia a L. IANNOTTA, *Recensione ad Alberto Zito, La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, in *Nuove autonomie. it.*, 2/2021, 543 ss.; G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Il dir. dell’economia*, n. 1/2022, 11 ss.

indurre un comportamento attraverso “spinte gentili”, configurabili, nel caso di specie, in una completa e trasparente comunicazione dei dati, nonché nel riconoscimento di maggiori “libertà” ai soggetti vaccinati (v. il c.d. *Green pass*)³². Sebbene, a ben vedere, in quest’ultima ipotesi, tale richiamo non appaia pienamente coerente con la *ratio* delle politiche di *nudging*, giammai tese a “ricattare” il singolo attraverso la minaccia della privazione di un diritto, quanto piuttosto ad indurlo a scegliere una opzione ritenuta “preferibile” dal decisore pubblico attraverso il riconoscimento di “premi” o vantaggi³³.

4. Conclusioni. La “tirannia” solidaristica e il mancato bilanciamento tra la dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute.

Per concludere, il concetto stesso di applicazione inversa del principio di precauzione non convince. Del resto affermare che un principio debba applicarsi in maniera inversa, equivale a dire – da un punto di vista logico prima ancora che giuridico – derogare al principio stesso. Mi sembra, quindi, che la scelta sia stata quella di ergere a rango primario il principio di solidarietà, portando alle estreme conseguenze quella concezione della tutela della salute intesa come “patto di solidarietà” tra individuo e collettività, pur accolta dalla Corte Costituzionale³⁴, senza tuttavia mai abbandonare la centralità della dimensione individuale della stessa tutela della salute e, in special modo, il limite del rispetto della persona umana imposto dall’art. 32 Cost³⁵.

³² Per un’approfondita analisi dei diversi interventi che hanno condotto al modello del *Green pass* quale principale misura di contenimento della curva pandemica, v. I. SPADARO, *Green pass in Italia e all’estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *Federalismi.it*, 2021. Sulla sostanziale equiparazione tra imposizione e “raccomandazione” vaccinale, almeno ai fini del sorgere del diritto all’indennizzo, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., 451.

³³ In termini v. R. LOMBARDI, F. SANTINI, *Green pass ed obbligo vaccinale, nel prisma delle scienze razionali*, le quali osservano che “per rientrare negli schemi della *nudge regulation* tecnicamente intesa, l’influenza sulla decisione dell’individuo deve essere relativamente tenue, indulgente o poco invadente, una “spinta gentile”, secondo il linguaggio dell’economia comportamentale, tale per cui le scelte non vengono bloccate, impedito o rese eccessivamente onerose. E – sia detto anche solo per inciso – sulla vicenda del *green pass* gli schemi normativi adottati per la persuasione non sembrano esattamente attagliarsi alla definizione”, 5. *Contra* G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, cit., 36, che invece colloca la misura del *Green pass* all’interno degli interventi di *nudging*.

³⁴ Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118.

³⁵ “Se autodeterminazione e dignità della persona non sono diritti altri rispetto a quello alla salute, ma in qualche modo concorrono a definirne il contenuto, è evidente che quest’ultimo non potrà essere uguale per tutti, né potrà essere predeterminato in ogni suo aspetto. [...] La salute non è più salute del corpo, identica per tutti, ma salute dell’individuo, specifica e diversa nella misura in cui specifica e diversa è l’idea del proprio benessere che ciascuno ha per sé” A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 3/2018, 521.

Al contrario, l'imposizione del vaccino obbligatorio per alcune categorie di cittadini – a fronte di una oggettiva incertezza circa l'efficacia dello stesso e, soprattutto, i rischi ad esso connessi – comporta che gli interventi di medicina individuale, il cui *focus* è la tutela della persona, hanno completamente ceduto il passo alle misure di sanità pubblica, rivolte alla protezione della popolazione nel suo insieme. E ciò, tra l'altro, senza nemmeno adeguatamente individuare i caratteri di tale interesse collettivo, attesa l'impossibilità di prevedere, ad oggi, i potenziali effetti di una imposizione vaccinale generalizzata sulla popolazione nell'arco di una decina o ventina di anni³⁶.

Non si intende in alcun modo negare, si badi, la legittimità se non addirittura la necessità di una campagna vaccinale estesa, senza la quale presumibilmente l'Italia oggi registrerebbe ben altri dati: spingere la popolazione a vaccinarsi legando a tale fattore l'esercizio di alcuni diritti e libertà; utilizzare tecniche di comunicazione idonee a consentire ai cittadini di decidere consapevolmente di sottoporsi ad un trattamento sanitario per tutelare la salute personale e collettiva³⁷; sono tutte politiche pubbliche pienamente coerenti con un contesto pandemico emergenziale. Ma è evidente che – nell'ambito di una analisi giuridica del fenomeno – tutto cambia quando dalla raccomandazione si passa all'obbligo.

Non si ignora certo che la Corte Costituzionale ha in più occasioni sancito la legittimità di una previsione che introduca l'imposizione obbligatoria di un vaccino, e ciò proprio alla luce della dimensione solidaristica della tutela della salute; tuttavia, la stessa Consulta pone tra i requisiti affinché la legge impositiva di un trattamento sanitario non sia incompatibile con l'art. 32 Cost., che si preveda che esso “non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili”³⁸ e che tale previsione sia “basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”³⁹.

Quindi, in risposta all'interrogativo che ci si è posti al principio, mi sembra

³⁶ A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., 444.

³⁷ Sul legame esistente tra un sistema di comunicazione inadeguato circa i benefici ed i rischi legati alla vaccinazione e il fenomeno della c.d. *vaccine hesitancy* v. S. ROSSI, *Lezioni americane. Il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2018, 749 ss., il quale – nel richiamare studi effettuati negli Stati Uniti – evidenzia come l'esitazione vaccinale non sia affatto, come si può credere, frutto di ignoranza, bensì derivi da un errato modello di comunicazione, atteso che “nel settanta per cento dei casi, i medici forniscono ai genitori informazioni sugli effetti secondari delle vaccinazioni in modo estremamente approssimativo e che, in generale, il tempo dedicato alla comunicazione sui rischi e sul programma nazionale di indennizzo è solo residuale e secondario”, 780.

³⁸ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258.

³⁹ Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 5.

non si possa che ritenere improprio il richiamo al principio di precauzione quale fondamento dell'introduzione della misura dell'obbligo vaccinale in esame. Si è detto che la discrezionalità che la Corte Costituzionale riconosce al legislatore nella individuazione delle modalità attraverso cui combattere le conseguenze della diffusione di una malattia infettiva deve essere guidata dalle risultanze scientifiche⁴⁰, il che – attesa la debolezza delle stesse in termini di verificabilità – avrebbe dovuto far assurgere a principio “faro” delle politiche di intervento pubblico proprio il principio di precauzione. Al contrario, ponendosi in un'ottica unicamente collettivistica, il legislatore ha di fatto attribuito al principio di solidarietà una veste “tiranna”⁴¹, optando per una massimizzazione della riduzione del “danno pandemico” tale da giustificare – in riferimento alla tutela della salute individuale degli operatori sanitari – la temporanea sospensione dell'operatività del principio di precauzione.

⁴⁰ “La discrezionalità del legislatore nel disegnare misure di contrasto della pandemia, bilanciando la tutela di interessi e diritti in gioco, è più ampia che in condizioni ordinarie” (Corte cost., 11 novembre 2021, n. 213). Più in generale, la Corte Costituzionale ha avuto modo in più occasioni di ribadire come – in relazione al settore della tutela della salute – il legislatore è tenuto a fondare le proprie scelte sulla base delle risultanze tecnico-scientifiche (cfr. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268; Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118).

⁴¹ Come noto, il rischio di una “assolutizzazione” del diritto alla salute è stato spesso affrontato dalla Consulta in relazione al rapporto tra art. 32 (diritto alla salute) e art. 41 (libertà dell'iniziativa economica privata). Particolarmente significativa, al riguardo, Corte cost. 23 marzo 2018, n. 58, ove è chiarito che “il bilanciamento deve essere condotto senza consentire l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”. Nel caso di specie, la peculiarità riposa nella circostanza che l'assolutizzazione del principio di solidarietà finisce per configurare un contesto di “tirannia” del diritto alla *salus rei publicae* nei confronti del pari diritto alla salute individuale.