

IURA NOSCENDA ESSET CURIA, NON SCIENTIA: IL CONSIGLIO DI STATO RESPINGE IL RICORSO DEI SANITARI E CONFERMA LA LEGITTIMITÀ DELL’OBBLIGO DI VACCINAZIONE ANTI-COVID. PRIME NOTE CRITICHE ALLA SENTENZA *

di Alessandra Camaiani **

51

“Mais les juges de la nation ne sont,
comme nous avons dit,
que la bouche qui prononce les paroles de la loi;
des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer
ni la force ni la rigueur”
(Montesquieu, Esprit des Lois, XI, chap.VI).

Sommario. 1. Il caso. – 2. La questione. – 3. Le soluzioni giuridiche offerte. – 3.1. L’attendibilità del trattamento obbligatorio, ovvero la capacità del vaccino a sortire effetti utili in rapporto allo scopo per cui è adottato. Quale prevenzione nella diffusione del contagio? – 3.2. La sicurezza del vaccino obbligatorio, ovvero della sua inattitudine a determinare effetti collaterali a breve e/o a lungo termine sulla salute dei vaccinati. – 3.3. Il bilanciamento tra valori confliggenti: alla luce dei dubbi scientifici sulla efficacia e sulla sicurezza dei vaccini, è davvero una questione di solidarietà? – 4. Osservazioni conclusive.

1. Il caso.

Il Consiglio di Stato ha rigettato nel merito l’appello proposto da diversi esercenti professioni sanitarie e operatori d’interesse sanitario avverso l’obbligo di vaccinazione anti-Sars-Cov-2, introdotto dall’art. 4, d.l. n. 44/2020 (conv. con modificazioni nella l. n. n.76/2021), ritenendo infondate tutte le censure d’illegittimità formulate, fatta eccezione per il capo concernente l’ammissibilità del ricorso collettivo.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Avvocato del Foro di Prato.

Proprio con tale tipo di ricorso, gli stessi sanitari avevano già posto in contestazione davanti al TAR Friuli l'obbligo di vaccinazione contro la Covid, lamentando diversi profili d'illegittimità della norma, sia in chiave costituzionale, che con riguardo al diritto sopranazionale, ritenendo violati parametri CEDU e CDFUE.

Soccombenti in primo grado, ove il TAR ha ritenuto di non poter accogliere il ricorso, difettando i presupposti oggettivi e soggettivi del *simultaneus processus*, i sanitari hanno impugnato la pronuncia al Consiglio di Stato, ripresentando tutte e dieci le censure di merito già avanzate in prime cure.

2. La questione.

In premessa gli appellanti hanno sostenuto che il breve tempo impiegato per gli studi sui vaccini non avrebbe consentito di ottenere le condizioni di sicurezza e di efficacia richieste per l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, adottato in conformità all'art.32, c. 2, Cost., ultimo alinea.

Nella loro tesi, sarebbero le stesse case farmaceutiche ad avere dichiarato il carattere incompleto degli studi svolti. Da ciò dipenderebbero le incertezze concernenti la capacità dei vaccini ad integrare mezzi idonei di prevenzione, sia nei confronti dei terzi che per i vaccinati stessi (dal rischio di ricaduta nella malattia), nonché le incertezze sulla durata della loro efficacia. Sempre le ditte produttrici dei vaccini avrebbero, inoltre, confermato di ignorare le possibili conseguenze lungolatenti ritraibili dalla loro somministrazione.

Pertanto, nella ricostruzione degli appellanti, la scelta del legislatore d'imporre il trattamento sarebbe illegittima proprio allorché integra una prescrizione di dubbia utilità, avuto riguardo agli scopi per cui la norma viene introdotta nell'ordinamento (la prevenzione dal contagio), e sarebbe comunque connotata da un significativo margine d'incertezza circa i possibili effetti negativi sulla salute di chi riceve il trattamento.

A riprova dell'assunto starebbe il rilascio di autorizzazioni condizionate alla messa in commercio (in sigla, CMA, *Conditional marketing authorisation*), che impongono la prosecuzione degli studi e il monitoraggio sull'efficacia e la sicurezza dei farmaci proprio

per sopperire *ex post* a questo deficit di conoscenze¹.

I sanitari, quindi, hanno assunto violato l'art. 3 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea (CDFUE), secondo cui «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica», da interpretare in modo convenzionalmente orientato, ai sensi dell'art.52 CDFUE, ritenuto altrettanto violato, nonché l'art. 8 CEDU, sul rispetto alla vita privata e familiare, e l'art. 32 Cost. sotto plurimi profili.

Tra questi ultimi, principalmente, si è rilevato come il diritto all'autodeterminazione delle cure non potrebbe accompagnarsi a un obbligo che prescinda dalla garanzia delle condizioni di sicurezza ed efficacia del trattamento², *condiciones sine quibus non* di una legittima imposizione, come tale -peraltro- ontologicamente non confortata dal consenso del destinatario.

Si è ritenuto, inoltre, illogico e sproporzionato imporre il vaccino anche a soggetti già caduti nella malattia, considerati naturalmente immuni, chiedendo al Consiglio di Stato d'investire la Consulta della valutazione di legittimità della norma nella parte in cui non iscrive questo caso tra i presupposti per il differimento o l'esenzione dal trattamento, stante la sicura inidoneità e il carattere non necessario dell'obbligo -almeno in tal caso- ai fini per cui è previsto³.

¹ Come descritto dall'EMA:<https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/pharmacovigilance/medicines-under-additional-monitoring>

² A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021.

³ Sul punto, si veda la risorsa *on-line* P. Doshi, *Pfizer and Moderna's "95% effective" vaccines—we need more details and the raw data*, in *BMJ*, n. 4/2021, dove l'autore si domanda: "Vaccine efficacy in people who already had covid? Individuals with a known history of SARS-CoV-2 infection or previous diagnosis of Covid-19 were excluded from Moderna's and Pfizer's trials. But still 1125 (3.0%) and 675 (2.2%) of participants in Pfizer's and Moderna's trials, respectively, were deemed to be positive for SARS-CoV-2 at baseline. Vaccine safety and efficacy in these recipients has not received much attention, but as increasingly large portions of many countries' populations may be 'post-Covid', these data seem important—and all the more so as the US CDC recommends offering vaccine 'regardless of history of prior symptomatic or asymptomatic SARS-CoV-2 infection'. This follows on from the agency's conclusions, regarding Pfizer's vaccine, that it had $\geq 92\%$ efficacy and 'no specific safety concerns' in people with previous SARS-CoV-2 infection. By my count, Pfizer apparently reported 8 cases of confirmed, symptomatic Covid-19 in people positive for SARS-CoV-2 at baseline (1 in the vaccine group, 7 in the placebo group, using the differences between Tables 9 and 10) and Moderna, 1 case (placebo group; Table 12). But with only around four to 31 reinfections documented globally, how, in trials of tens of thousands, with median follow-up of two months, could there be nine confirmed covid-19 cases among those with SARS-CoV-2 infection at baseline? Is this representative of meaningful vaccine efficacy, as CDC seems to have endorsed? Or could it be something else, like prevention of covid-19 symptoms, possibly by the vaccine or by the use of medicines which suppress symptoms, and nothing to do with reinfection?" (<https://blogs.bmj.com/bmj/2021/01/04/peter-doshi-pfizer-and-modernas-95-effective-vaccines-we-need-more-details-and-the-raw-data/> and following clarification at the link <https://blogs.bmj.com/bmj/2021/02/05/clarification-pfizer-and-modernas-95-effective-vaccines-we-need-more-details-and-the-raw-data/>).

Dalla considerazione per cui il vaccino non costituirebbe misura idonea alla prevenzione dal contagio deriverebbe, altresì, il contrasto dell'art. 4, d.l. n. 44/21 con l'art. 3 Cost. sotto i diversi profili della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'uguaglianza.

In una logica di equilibrato bilanciamento tra valori contrapposti, si è sostenuto che il legislatore avrebbe dovuto prediligere gli strumenti implicanti il minor sacrificio degli interessi in conflitto, in omaggio al principio di proporzionalità, riconoscendo nell'imposizione del trattamento l'*extrema ratio*.

L'art. 3 Cost. sarebbe violato anche laddove l'obbligo, destinato alla sola categoria dei professionisti sanitari, assumerebbe un carattere discriminatorio, sprovvisto di ogni giustificazione logica, sempre in forza della dedotta inidoneità dei vaccini a schermare dalla diffusione del contagio.

Altro argomento sostenuto dagli appellanti nel ricorso concerne, poi, la violazione degli artt. 9 e 33 Cost. Concentrare nell'obbligo di vaccinazione tutte le risposte istituzionali alla Covid, prediligendo quindi l'opzione preventiva anziché quella curativa, impedirebbe il progresso della ricerca scientifica e vanificherebbe il principio di libertà della scienza, obbligando soggetti dotati delle competenze necessarie ad accettare la vaccinazione, anziché prediligere misure alternative comunque idonee al raggiungimento della finalità perseguita dalla legge (qui da intendere come capacità ultima a debellare il virus e la malattia).

Infine, gli appellanti hanno lamentato la violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 35 e 36 Cost. in rapporto alla conseguenza prevista per l'inadempimento dell'obbligo: la sospensione dell'esercizio professionale confliggerebbe, nella loro ricostruzione, con la tutela del principio lavoristico, perno repubblicano ex art. 1 Cost. Conseguentemente, sarebbero stati sostanzialmente soppressi il diritto al lavoro e alla retribuzione, quindi le risorse necessarie ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa ai lavoratori colpiti dalle sanzioni, nonché alle loro famiglie.

3. Le soluzioni giuridiche offerte.

Venendo alle soluzioni offerte dal Consiglio di Stato, appaiono di notevole rilevanza i due punti preliminari in rito, dei quali preme dare atto, pur per cenni, volendosi soffermare in

questa sede sui soli motivi di merito della pronuncia, concernenti la vaccinazione obbligatoria e la sua compatibilità costituzionale.

La sentenza avvia confermando la legittimità della pronuncia in forma semplificata, emessa ex art. 60 c.p.a. dal TAR Friuli, posto che non implica una superficiale trattazione del caso e la cui adozione è opponibile solo immediatamente, in udienza, con la riserva sui motivi aggiunti e senza possibilità d'impugnazione in appello.

Va segnalato, inoltre, il passaggio sulla *unitarietà funzionale* della domanda collettiva promossa dagli appellanti: la Corte ha escluso l'eterogeneità delle loro posizioni, nonostante svolgano professioni diverse e la fase procedurale in cui si trovavano attinti al momento della proposizione del ricorso fosse tra gli stessi differenziata. La giurisprudenza amministrativa più recente si è, invero, orientata verso concezioni teleologiche e non formali delle condizioni per proporre legittimamente ricorso collettivo⁴. Di talché, anche all'opportuno fine di arrestare *in apicibus* il potenziale rischio di frammentazione della domanda in molteplici azioni fotocopia, il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistere i presupposti per la trattazione in *simultaneus processus* dei ricorsi, in quanto gli appellanti vertono tutti nella medesima posizione sostanziale. Essi sono destinatari dell'obbligo vaccinale ed esclusivamente contro questo rivolgono le loro istanze processuali, contestandone in radice la legittimità.

La sentenza in commento risulta interessante anche per un paio di *obiter dicta*, che ivi si riportano ancora per cenni. In primo luogo, il Consiglio di Stato ha dichiarato di non condividere la tesi sostenuta dagli appellanti secondo cui l'art. 4, d.l. n. 44/21 avrebbe natura di legge-provvedimento («19. [...] di cui non ha invece i requisiti poiché, a tacer d'altro, non eleva a livello legislativo una disciplina già oggetto di un atto amministrativo: v., sulle leggi-provvedimento, Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116»). In tal modo, parrebbe essersi posto fine a una tendenza contraria registrata nella giurisprudenza di merito che sosteneva la natura ibrida dell'atto⁵.

⁴ Tuttavia, si veda Consiglio di Stato, sentenza n. 2341/2021, con nota di A. Camaiani, *Accesso alla giustizia amministrativa: i presupposti di ammissibilità del ricorso collettivo*, in *Italiappalti*, Marzo 2021.

⁵ Sia consentito, in senso conforme, un rinvio ad A. Camaiani, *Il Tar Lecce riconosce al DL n. 44/21 natura di legge-provvedimento*, in *Italiappalti*, settembre 2021, ove si sostiene la certa natura normativa del d.l. e il carattere vincolato del potere amministrativo con riguardo all'*an* sanzionatorio, ma accompagnato dalla discrezionalità nel *quomodo*. L'osservazione per cui l'effetto lesivo della posizione giuridica soggettiva della ricorrente in quella pronuncia si determinerebbe direttamente *ex lege* non implica che l'atto abbia natura ibrida. Piuttosto, si tratta di un atto vincolato dell'amministrazione che non esclude, come noto, l'esercizio di un potere della PA. Peraltro, la modularità scalare delle sanzioni individuata dal legislatore parrebbe confermata anche dalla pronuncia del TAR Puglia, ove si legge: «la dirigenza sanitaria non ha altra scelta che

Un secondo importante passaggio motivazionale, slegato dal contenuto dell'impugnazione proposta, ma già in grado di gettare una luce (o piuttosto un'ombra?) sull'impostazione interpretativa del Consiglio di Stato in materia, attiene alla normativa sul c.d. *green pass*. Nell'opinione della Corte, l'esperienza francese del pass sanitario, validato dal *Conseil constitutionnel* con pronuncia n. 824/21, consente di concludere che il diritto al lavoro – sotto specie di diritto alla retribuzione – detenga un carattere recessivo di fronte a una misura introdotta allo scopo di proteggere la salute, limitando la propagazione dell'epidemia.

Va notato, però, come tale funzionalizzazione alla tutela della salute sembri mancare nella legge interna, piuttosto rivolta alla ripresa delle attività economiche⁶, e come la stessa capacità della misura ad apportare benefici effettivi per la salute risulti quantomeno incerta⁷.

Maggiormente, non persuade la comparazione dei due ordinamenti, italiano e francese, svolta dal Consiglio di Stato in ordine al diritto al lavoro.

Pur non potendo in questa sede sviluppare approfonditamente il ragionamento, sia sufficiente considerare che non rileva il lavoro come diritto fondamentale; piuttosto, è il lavoro come *Grundnorm* dell'ordinamento nazionale, dunque come presupposto fondativo della forma di Stato democratica, a far propendere *-in parte qua-* per l'incostituzionalità della norma sul *green pass*. Trattandosi di categorie diverse, sia in termini giuridici che

adottare uno dei provvedimenti prescritti dal legislatore, potendo però apprezzare in concreto il tipo sanzionatorio, alla luce delle peculiarità fattuali che la singola posizione soggettiva involge».

⁶ Su questo, basti considerare la rubrica normativa che non direttamente si appunta sulla salute, ma «per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche», dovendo assegnare al dato formale – la funzionalizzazione all'interesse economico – un carattere anteposto all'interesse alla salute (come dimostra, invece, la rubrica espressamente rivolta alla tutela della salute di altre norme adottate durante l'emergenza; ad esempio, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, ove il termine «nonché» evidenzia il distinguo tra attività economiche e sociali e salute pubblica. Ma si pensi anche al diverso *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*).

⁷ Tanto da essere ormai emersa la necessità di correre ai ripari, invocando un uso lato dei tamponi, in quanto unico strumento idoneo a garantire tempestivamente l'assenza d'infezione. Sul punto si veda la risorsa online M.J. Mina, *Rapid Tests Are the Answer to Living With Covid-19*: “the White House should also treat rapid testing with the same urgency and private sector partnership approach that Operation Warp Speed pioneered for vaccines [...] for public health purposes, we need fast, accessible tests that answer the question, ‘Am I infectious now?’ Rapid tests can help prevent spread to your child, spouse, friend, colleague, classmate or the stranger sitting next to you at dinner”, <https://www.nytimes.com/2021/10/01/opinion/rapid-tests-covid.html>, October, n. 1/2021.

ontologici, lavoro (inteso nel senso appena chiarito) e diritti, ancorché fondamentali, non sono bilanciabili proprio in quanto appartenenti a generi diversi e tra loro incommensurabili⁸.

3.1. L’attendibilità del trattamento obbligatorio, ovvero la capacità del vaccino a sortire effetti utili in rapporto allo scopo per cui è adottato. Quale prevenzione nella diffusione del contagio?

Venendo alle soluzioni offerte dal Consiglio di Stato alle censure d’incostituzionalità dell’obbligo vaccinale richiamate *supra*, occorre muovere dalla ritenuta attendibilità dei farmaci.

La Corte, infatti, fonda sostanzialmente su tale argomento il rigetto di tutte e dieci le censure proposte dagli appellanti; argomento cui affianca una valutazione di sicurezza sui farmaci autorizzati, pur nella forma condizionata, dalle Autorità preposte. A una simile soluzione si perviene sul presupposto che ognuna delle contestazioni mosse dagli appellanti all’art. 4, d.l. n. 44/21 muoverebbe da assunti di fatto non veri o non dimostrati, ovvero palesemente sconfessati da dati e documentazione ufficiale.

Quanto all’argomento per cui la procedura di autorizzazione accelerata alla messa in commercio non determinerebbe alcun *vulnus* alla sicurezza e all’attendibilità dei farmaci che ne costituiscono oggetto, preme notare, in via generale, che il metodo popperiano, ormai assunto a modello paradigmatico dell’espressione scientifica, ritiene la falsificazione criterio di validità e di validazione – appunto – scientifica.

Tale metodo consta nella ripetizione delle tesi e nella loro sperimentazione perpetrata. Perciò, ha un carattere di perfettibilità immanente e irrisolvibile, ma si lega comunque al dato cronologico secondo un rapporto di proporzionalità diretta: all’aumentare del tempo di sperimentazione aumenta anche il grado di attendibilità della proposta scientifica.

Sicché, sebbene la procedura di valutazione farmacologica compiuta sui vaccini anti-Sars-Cov-2 non sia da squalificare in sé e per sé con una presunzione assoluta d’inattendibilità,

⁸ Come acutamente sostenuto da A. Lucarelli, *Vaccini e lotta al Covid: sconfiggere la pandemia rispettando la Costituzione*, nella risorsa *on-line* disponibile al link <https://italialibera.online/politica-societa/vaccini-e-lotta-al-covid-sconfiggere-la-pandemia-utilizzando-la-costituzione/>

nemmeno si può pervenire, all'opposto, ad assegnarvi una capacità speciale, derogatoria delle ordinarie regole di valutazione scientifica, al fine di giustificare il trattamento in nome dell'emergenza⁹.

Lo stesso rapporto dell'ISSN, erroneamente richiamato dal Consiglio di Stato al punto 27.6 della sentenza come relativo ai dati 4 aprile-31 agosto (ma concernente, in realtà, una diversa finestra temporale), impiega più volte i termini *stima* e *aggiustamenti: si stima e si approssima*, senza mai *conclamare* alcun effetto netto di riduzione del rischio da infezione¹⁰. È, quindi, la stessa Autorità sanitaria a non esprimersi nel modo lapalissiano della Corte, che nella pronuncia in commento va addirittura oltre gli approdi scientifici, assegnando al vaccino una capacità schermante pressoché totale, per sé e per gli altri.

Peraltro, anche laddove il Consiglio di Stato si riporta all'incidenza del vaccino sullo sviluppo della malattia, ritenendolo atto a evitare decorsi patologici gravi, in parte motiva non sono compiuti riferimenti a documenti o a fonti posti a conforto delle posizioni espresse (si veda, in proposito, il punto 27.8 della sentenza: «Questo Collegio [...] deve perciò rilevare che, sulla base non solo degli studi – *trials* – condotti in fase di sperimentazione¹¹, ma anche dell'evidenza dei dati ormai imponenti acquisiti

⁹ Soprattutto avuto riguardo alla valutazione degli eventi avversi. Si veda in proposito la risorsa *on-line* A.J. Kesselheim *A Regulatory decision-making on covid-19 vaccines during a public health emergency* in JAMA2020 (doi:10.1001/jama.2020.17101. Pmid:32870268): “Finding severe rare adverse events will require the study of tens of thousands of patients, but this requirement will not be met by early adoption of a product that has not completed its full trial evaluation”.

¹⁰ A pag. 17 del bollettino, pubblicato il 06 agosto 2021 e relativo a dati raccolti fino al 04 agosto 2021, disponibile al link https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/bollettino/Bollettino-sorveglianza-integrata-COVID-19_4-agosto-2021.pdf, si legge: «La Tabella 4 e la Figura 12 mostrano le stime di efficacia vaccinale nel periodo dal 4 aprile (approssimativamente la data in cui la vaccinazione è stata estesa alla popolazione generale) all'8 agosto 2021 per fascia di età. Le stime sono state calcolate usando il modello di Poisson, con il numero di eventi per giorno come variabile dipendente e lo stato vaccinale come variabile indipendente. L'efficacia complessiva della vaccinazione, aggiustata per età, è pari al (...) Queste stime non sono aggiustate per diversi fattori che potrebbero influire sul rischio di infezione/ricovero/morte e sulla probabilità di essere vaccinato (per esempio, categoria a rischio, comorbidità, ecc.)». Per una snella descrizione del modello usato nel calcolo si rinvia al seguente link: <https://www.edutecnica.it/calcolo/poisson/poisson.htm>, ma il sistema di calcolo delle stime è descritto in termini più specifici nel sito dell'EMA ([https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/marketing-authorisation/pre-authorisation-guidance#3.5-risk-management-plan-\(rmp\)-section](https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/marketing-authorisation/pre-authorisation-guidance#3.5-risk-management-plan-(rmp)-section)).

¹¹ Sul punto, preme evidenziare che secondo un importante studio diffuso dal British Medical Journal, anche agli organi preposti sarebbe inibita la reale e veridica conoscenza dei dati raccolti dalle case farmaceutiche. In particolare, si veda il già citato P. Doshi, nota 1, in *BMJ*, il quale scrive “We need the raw data - Addressing the many open questions about these trials requires access to the raw trial data. But no company seems to have shared data with any third party at this point. Pfizer says it is making data available “upon request, and subject to review.” This stops far short of making data publicly available, but at least leaves the door open. How open is unclear, since the study protocol says Pfizer will only start making data available 24 months after study completion. Moderna’s data sharing statement states data “may be available upon request once the trial is complete.” This translates to sometime in mid-to-late 2022, as follow-up is planned for 2 years. Things may be no different for the Oxford/AstraZeneca vaccine which has pledged patient-level data “when

successivamente all'avvio della campagna vaccinale [...] la profilassi vaccinale è efficace nell'evitare non solo la malattia, per lo più totalmente o, comunque, nelle sue forme più gravi, ma anche il contagio»; si veda, altresì, il punto 27.9, ove si sostiene che «la posizione della comunità scientifica internazionale [?], alla luce delle ricerche più recenti [?]]» avrebbe consentito di superare i dubbi di inefficacia dei vaccini a evitare contagi)¹².

Pertanto, giova ripetere, pur ammettendo di non potersi attribuire un carattere sperimentale

the trial is complete.” And the ClinicalTrials.gov entry for the Russian Sputnik V vaccine says there are no plans to share individual participant data. The European Medicines Agency and Health Canada, however, may share data for any authorized vaccines much earlier. EMA has already pledged to publish the data submitted by Pfizer on its website “in due course,” as has Health Canada”.

Peraltro, è notizia recente lo scandalo che ha colpito Pfizer proprio sui dati, che -in altri termini- significa sui rilievi su cui si basano le valutazioni di attendibilità dei vaccini, cui si lega la valutazione di proporzionalità del bilanciamento tra sicurezza (incerta), capacità del farmaco a dispiegare effetti socialmente utili e scelte legislative o politiche (cfr. P.D. Thacker, *Covid-19: Researcher blows the whistle on data integrity issues in Pfizer's vaccine trial*, in *BMJ*, 2 novembre 2021, disponibile al link <https://www.bmj.com/content/375/bmj.n2635> e tale notizia ha portato l'analoga australiana dell'AIFA a presentare una interrogazione formale alla casa farmaceutica). Preme, infine, notare come la dialettica dominante, anche istituzionale, rappresenta i soggetti vaccinati immuni alla malattia. Ciò rischia di innescare un grave fenomeno *l'Aquila* nell'ordinamento: fondando inopinatamente nei cittadini l'erroneo convincimento per cui vaccinandosi non si avrebbe possibilità di ricadere nella malattia (tale è, infatti, il significato *de vulgata*, italiano e tecnico della parola *immune*), determina la seria e concreta possibilità di provocare enormi danni verso la società, dovendosi ritenere che i cittadini, legittimamente affidandosi alle dichiarazioni ufficiali delle Istituzioni, possano dismettere le necessarie accortezze per prevenire, verso di sé o per gli altri, il contagio. Sulla scorta delle statuizioni della sentenza Grandi Rischi, Cassazione Penale, Sez. IV, 25 marzo 2016 (ud. 19 novembre 2015), n. 12748, sono ravvisabili, *in parte qua*, nutrite responsabilità istituzionali, posto che «in relazione alla comunicazione del rischio connesso alla previsione di eventi [...] potenzialmente lesivi dell'integrità della popolazione civile: comunicazione di contenuto inopportuno e scorrettamente tranquillizzante, tale da indurre destinatari all'abbandono di consuetudini di comportamento autoprotettivo rivelatosi fatale per le relative sorti, avendo cioè gli stessi deciso, proprio sulla scorta delle informazioni rassicuranti pubblicamente proparate [...] di non seguire più la tradizionale scelta di allontanarsi dalla propria abitazione in occasione dei primi segnali di scosse sismiche, così rimanendo travolti dal crollo di dette abitazioni determinato dal terremoto verificatosi in data 6/4/2009 [...] vuole qui alludersi al ruolo funzionale, nell'ambito dell'attività di prevenzione e protezione civile, rivestito dalla gestione e dal controllo, attraverso l'informazione pubblica, dei comportamenti collettivi, come 'leva' essenziale per l'impostazione delle *policies* di tutela collettiva contro i rischi volta a volta affrontati” – si veda, *funditus*, il Par. 8 della sentenza citata sulla comunicazione sociale del rischio nel contesto della protezione civile e si tenga conto che il principio di diritto espresso dalla Corte di Legittimità in tema di causalità psichica è certamente ravvisabile anche nel caso di specie, in uno agli altri presupposti della responsabilità colposa di rilievo penale.

¹² Sul carattere delle fonti impiegate per fondare una decisione tanto importante basti osservare che il Collegio sostiene in pronuncia: «27.3. L'AIFA, nello studio pubblicato sul proprio sito, ha chiarito che «gli studi che hanno portato alla messa a punto dei vaccini COVID-19 non hanno saltato nessuna delle fasi di verifica dell'efficacia e della sicurezza previste per lo sviluppo di un medicinale, anzi, questi studi hanno visto la partecipazione di un numero assai elevato di volontari, circa dieci volte superiore a quello di studi analoghi a quello di studi analoghi per lo sviluppo di altri vaccini». Queste parole, più che da studi, sono ritratte pedissequamente da:

https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1297852/domande_risposte_vaccini_COVID.pdf). Di là dall'opportunità di fondare il ragionamento logico argomentativo di una pronuncia su delle *faq*, è notorio che queste non hanno altra attitudine nell'ordinamento che spiegare, in modo informale, il *non clare loqui* legislativo, ormai consueto, e non assumono altro significato né producono alcun effetto giuridico. Non sono atti normativi né amministrativi, ma anzi non hanno nemmeno la sostanza minima di esistenza degli atti, oltre alla forma indiscutibilmente non provvedimentale. Sicché, riferirvisi è del tutto irrilevante sul piano giuridico.

in senso stretto ai vaccini anti-Covid, nemmeno si può da ciò ricavare un incondizionato e confidente senso di certezza circa la sua efficacia, rinunciando del tutto a valutare dati e opinioni scientifiche diverse da quelle poste a sostegno dell'azione di governo senza viziare la funzione giurisdicente da tinte politiche¹³.

3.2. La sicurezza del vaccino obbligatorio, ovvero della sua inattitudine a determinare effetti collaterali a breve e/o a lungo termine sulla salute dei vaccinati.

In rapporto alla sicurezza dei vaccini, lo stato dell'arte medica non appare unitariamente orientato nel senso sostenuto dal Consiglio di Stato, né circa i potenziali effetti collaterali a lungo termine (realmente non tenuti in alcun conto nella pronuncia), né con riguardo a quelli a breve termine¹⁴.

La Corte ha rinunciato ad adottare i dovuti scrupoli valutativi in merito, come dimostra il paragrafo 26.4 della sentenza, dove si sostiene fermamente che il carattere condizionato dell'autorizzazione non inciderebbe in alcun modo sui profili di sicurezza del farmaco¹⁵.

¹³ Tanto è smentito, come noto, anche da una superficiale considerazione dei fatti di cronaca. Si veda, in proposito, la nota 15 e si tenga conto che l'autorizzazione condizionata alla messa in commercio consente di far fronte alle necessità ad hoc bene esplicate dal Consiglio di Stato. Tuttavia, nello sforzo di sintesi tecnica compiuto dall'Estensore, non si rileva mai come la sovrapposizione di fasi di sperimentazione clinica e l'avvio con leggero *décalage* dei singoli passi procedurali accelerino i rituali tempi di svolgimento, finendo per fornire dati meno completi, stante il vincolo gordiano che lega la bontà scientifica al dato cronologico.

¹⁴ E. Burgio, *Dopo un anno di pandemia*, gennaio 2021 (<https://wsimag.com/it/scienza-e-tecnologia/64652-dopo-un-anno-di-pandemia>): “Dobbiamo infine almeno accennare all'argomento più complesso e dibattuto: quello dei possibili effetti collaterali. A questo proposito è giusto ammettere che la sperimentazione è stata insufficiente: non è possibile sottovalutare il fatto che, in genere, la durata delle fasi di sperimentazione di un vaccino è di circa 10 anni. Ma la situazione di emergenza e la ‘corsa al vaccino’, pronosticata da molti, non lo ha permesso. D'altra parte bisogna ribadire con forza che non è vero, come sostengono alcuni, che ci troviamo di fronte ad una sorta di esperimento alla cieca. In particolare, la tecnologia utilizzata per i cosiddetti vaccini a RNA, che sono stati i primi a essere messi a punto, autorizzati e distribuiti a tempo di record nei Paesi occidentali è in realtà nota da decenni anche se il loro utilizzo è stato a lungo limitato dall'instabilità e dall'inefficiente rilascio in vivo dell'mRNA. Inoltre, come vedremo, gli sviluppi tecnologici degli ultimi anni sono stati stupefacenti e hanno permesso di accorciare enormemente i tempi di progettazione e realizzazione”. E si veda a conforto anche la previa nota 10.

¹⁵ Ma si veda quanto dichiara l'ISSN stesso nel rapporto n. 3/21 del 18 febbraio 2021: «Sotto la pressione della pandemia, per le sperimentazioni di vaccini anti-COVID-19 si sono adottate procedure impensabili fino a poco tempo prima (es. velocizzazione dei tempi nelle procedure regolatorie) e previste pratiche del tutto eccezionali nell'ambito della sperimentazione umana (es. ‘challenge studies’), con deliberata infezione dei volontari sani partecipanti). Tali innovazioni lasceranno un segno nelle modalità di esecuzione delle sperimentazioni anche dopo l'emergenza». Quanto presentato e discusso nel presente Rapporto, dunque, ha una valenza, soprattutto sotto il profilo etico, che va oltre la pandemia al momento in atto, e non si limita a riflettere sui vaccini attualmente in studio o da poco validati. «La pressante attesa ha indotto anche a prevedere pratiche che, solitamente, sarebbero escluse, quali i ‘challenge studies’, nei quali un gruppo di volontari è infettato deliberatamente. Sono anche stati realizzati protocolli in cui i partecipanti ricevono pagamenti. Le

Non è dello stesso avviso, però, elevata dottrina scientifica per cui il problema più direttamente collegato alla sicurezza dei vaccini autorizzati con CMA è proprio quello dei possibili effetti collaterali nel medio-lungo termine, un tema che andrebbe affrontato con particolare dovizia di ponderazione, tenuto conto della odierna indisponibilità di dati certi, essendo esigue le risultanze sperimentali¹⁶.

Pertanto, proprio l'aver ommesso dalle valutazioni i rischi di lungo periodo, già non considerati nell'adozione delle scelte politiche, irrobustisce l'irrazionalità dell'iter logico-giuridico seguito dal Consiglio di Stato¹⁷. Anche nella pronuncia, invero, l'unico rischio tenuto in qualche conto è quello singolare e a breve termine, relativo cioè alle immediate conseguenze sul solo soggetto obbligato.

Tuttavia, un'adeguata applicazione della scienza giuridica imporrebbe una ponderazione della sicurezza non limitata al contingente, ma che si spinga a valutare anche il rischio di possibili conseguenze future (lungolatenti), laddove esse siano già prevedibili al momento della valutazione, pur in termini solo eventuali.

Tali conseguenze potenziali non sono irrilevanti, ma anzi la necessità che costituiscano oggetto della ponderazione legislativa aumenta proprio qualora il rischio che vi si connette afferisca alla salute dei consociati. Per cui, se tale valutazione non è svolta dal legislatore, deve cadere nel fuoco del giudizio e non può legittimamente trovare l'organo giudiziario altrettanto renitente. E ciò a pena del sacrificio del principio di precauzione.

Principio cardine del sistema, ancorché non espressamente previsto in Costituzione, la

numerose sperimentazioni in corso sono tra loro eterogenee non soltanto per le fasi di avanzamento, ma anche perché si basano su approcci diversi, alcuni dei quali innovativi rispetto ai vaccini finora in uso». Tali argomenti ci paiono sufficienti per travolgere gli argomenti sostenuti dal Consiglio di Stato, specialmente quelli di cui ai paragrafi 25.4 e 26.5 della sentenza in commento.

¹⁶ E. Burgio, *op. cit.*, Sembra confermare la tesi anche la ditta produttrice del vaccino Cominraty, Pfizer-Biontech, che nel proprio Chemical Safety Assessment – CSA scrive espressamente che alcune componenti chimiche dei vaccini, ALC-0315 in particolare, possono causare danni cardiaci, effetti tossici riproduttivi e teratogenici, danni epatici, danni neurologici, narcosi e perfino cancro.

¹⁷ Sugli effetti a breve termine, si veda invece <https://www.aifa.gov.it/-/aggiornamento-sul-rischio-di-miocardite-e-pericardite-con-vaccini-mrna>;

https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1289823/IT_Meeting_highlights_PRAC_12.2021.pdf,

<https://www.ema.europa.eu/en/medicines/dhpc/covid-19-vaccine-janssen-contraindication-individuals-previous-capillary-leak-syndrome-update>;

https://www.ema.europa.eu/en/documents/dhpc/direct-healthcare-professional-communication-dhpc-vaxzevria/covid-19-vaccine-astrazeneca-risk-thrombosis-combination-thrombocytopenia-updated-information_en.pdf.

https://dap.ema.europa.eu/analytics/saw.dll?PortalPages&PortalPath=%2Fshared%2FPHV%20DAP%2F_portal%2FDAP&Action=Navigate&P0=1&P1=eq&P2=%22Line%20Listing%20Objects%22.%22Substance%20High%20Level%20Code%22&P3=1+42287887 e <https://medalerts.org/vaersdb/> e <https://www.nvic.org/>.

precauzione è strumento di effettività della tutela, che si anticipa a soglie anche molto remote pur di garantire la più ampia protezione a diritti costituzionali.

Proporne una rilettura in chiave controintuitiva, come suggerisce il Consiglio di Stato nella sentenza in commento, vale a svuotarne sostanzialmente la portata, validando politiche legislative pericolose sul presupposto inaccoglibile di poter sacrificare tutto -almeno astrattamente- alla necessità urgente¹⁸. Più che una precauzione controintuitiva si addivene, così, a una *contro-precauzione*¹⁹.

Peraltro, le valutazioni di utilità di un trattamento sanitario che ambisca ad essere massimamente diffuso nella cittadinanza devono svolgersi sia nell'interesse dei singoli che nell'interesse generale, posto che il carico afflittivo di conseguenze infauste eventualmente derivanti dal trattamento grava sull'intero consorzio sociale²⁰. Tuttavia, nonostante l'attenzione che s'invoca al riguardo²¹, il Consiglio di Stato rinuncia a svolgere una

¹⁸ Una tale impostazione dimostra di voler recuperare il concetto dottrinale dello stato di necessità come fonte del diritto, tuttavia molto avversato nella scienza giuridica (S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, p. 384 ss.) e rievoca la questione precostituzionale del rischio, prospettato nei lavori della Assemblea costituente da Aldo Moro, durante i lavori sulla Costituzione che infine condussero i Padri Costituenti ad accogliere la sua proposta, votando a favore dell'emendamento sull'art.32, comma 2 (https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/storia_costituzione.pdf). Per un approfondimento sul tema dei rapporti tra fonti e stato di emergenza, si vedano F. De Vanna, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in *Nomos*, 2020; S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi*, marzo 2020; E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che nulla potrà più essere come prima?*, in *Federalismi*, 2020; A. Lucarelli, *Costituzioni, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *AIC*, 2020, pp. 565 ss.; A. Lucarelli, *Pandemia e torsione del sistema delle fonti*, in *Osservatorio AIC*, 2020.

¹⁹ Di come la ricostruzione appena svolta sia la sola giuridicamente ammissibile ne sono testimoni i datori di lavoro o i soggetti ricoprenti altre posizioni di garanzia, colpiti dalla alluvionale giurisprudenza relativa all'amianto, la cui vicenda storica e giuridica presenta spiccate analogie con quella concernente la vaccinazione anti-Covid. Pur non potendo compiere in questa sede un'analisi dettagliata delle sentenze riguardanti la causalità -specialmente penale- delle malattie asbesto correlate, né delle soluzioni offerte in merito all'addebito delle conseguenze dannose ai soggetti vertenti in posizione di garanzia, cioè preposti a valutare il rischio connesso all'impiego dell'amianto, basti considerare che tale esperienza ha indirettamente dimostrato come la precauzione abbia natura di principio fondamentale dell'ordinamento e imponga la tenuta di condotte funzionalizzate alla tutela della integrità psico-fisica dei soggetti fin dal momento in cui è dato riscontrare una pur mera eventualità di incorrere in rischi negativi per la salute. Infatti, non è stata riconosciuta attitudine scriminante (in sede penale) né deresponsabilizzante (in sede civile) all'incertezza scientifica, assunta anzi come criterio cautelativo e precauzionale, atto a inibire l'uso dell'amianto, cioè del materiale potenzialmente pericoloso e dannoso per la salute. Si rinvia per approfondimenti a T. Padovani, *La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2015, p. 383; A.M. Dell'Osso, *Morti da amianto: perduranti incertezze scientifiche vs. certezze giurisprudenziali; il problema delle esposizioni indirette*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1139 ss.; S. Zirulia, *Amianto e responsabilità penale: causalità ed evitabilità dell'evento in relazione alle morti derivate da mesotelioma pleurico*, in *penalecontemporaneo.it*, gennaio 2011; C. Piergallini, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale* in M. Donini e M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 327 ss.

²⁰ Si veda sul punto A. Mangia, *op. cit.*, par. 6.

²¹ Basti qui richiamare, in uno ad altri, il chiarissimo E. Burgio, *op. cit.*: "Per quanto concerne i rischi immediati – essenzialmente reazioni allergiche e immuno-infiammatorie sistemiche, verosimilmente indotte

ponderazione di interessi in tal senso e aderisce fideisticamente a un singolo sapere scientifico, sostenuto dai consulenti governativi, arrivando perfino a trascenderlo, reputando la scienza efficace laddove essa stessa si dichiara incapace di esprimersi con certezza.

A ben vedere, quella della Corte è comunque una precauzione, ma *contingente*: guarda all'interesse generale nei termini di cui, come si è detto, è dato dubitare²². Il Consiglio di Stato si arresta di fronte a quel che definisce «ignoto irriducibile», ovverosia al carattere incerto già connotativo delle scienze molli di per sé, che si amplifica al cospetto di nuovi fenomeni con cui misurarsi e di nuove soluzioni da offrire. Ne fornisce una lettura combinata con la riserva di scienza, per cui invece sussiste un margine di discrezionalità tecnica avulso dalla conoscibilità dell'organo giudiziario (e anche legislativo puro), e così dirime il conflitto tra il dubbio vantaggio per la salute collettiva dell'oggi e il potenziale danno per la salute collettiva di domani a favore del primo.

più dai vettori utilizzati (nanoparticelle lipidiche nel caso dei vaccini a RNA attualmente in uso) o da sostanze adiuvanti (come il PEG), che non dall'RNA stesso – questi sembrerebbero essere lievemente più frequenti rispetto alla media, ma non tanto da indurre a riconsiderazioni critiche. Sarà molto importante monitorare e quantificare con attenzione gli effetti conseguenti alla seconda inoculazione, che rappresenta il momento più critico. Bisogna comunque tenere sempre a mente il concetto-base che il paragone va fatto tra gli effetti collaterali indotti dal vaccino e quelli, in questo caso potenzialmente gravissimi, provocati dal virus selvaggio [...] Anche le interferenze della pseudo-spike protein con il sistema immunocompetente umano sono prevedibili fino a un certo punto: in pratica si ipotizza che l'RNA virale, pur conservando la sua immunogenicità, sia stato reso assai meno reattogeno e non possa innescare le reazioni di tipo immunoinfiammatorio sistemiche tipiche dei casi gravi (una reazione infiammatoria locale invece è necessaria, perché l'antigene venga correttamente processato e presentato e si formi correttamente la memoria immunologica B e T). Il principale rischio paventato da alcuni è che, essendo stata dimostrata in vari studi in corso di Covid autoanticorpi contro citochine, ACE2 e soprattutto complessi ACE2-Spike, questo possa succedere anche con i vaccini. Da questo punto di vista non dovrebbero essere sottovalutati i casi di paralisi di Bell recentemente segnalati in concomitanza con le prime somministrazioni del vaccino Pfizer, perché si tratta di una neurite demielinizzante infiammatoria acuta, che potrebbe avere un meccanismo patogenetico simile alla sindrome di Guillain-Barré (e come questa essere associata sia a virus, sia a reazioni ai vaccini)²³. Ma anche in questo caso è importante sottolineare che le paralisi di Bell sembrano manifestarsi poco dopo la somministrazione del vaccino e questo farebbe pensare che si tratti di una semplice reazione alle nanoparticelle e non all'RNA virale. Ed è evidente che anche in questo senso il virus selvaggio è certamente molto più pericoloso del vaccino”.

²² La precauzione è ritenuta proporzionale solo quando feconda le scelte politiche del governo, ma non al contrario; si squalifica la lettura critica che pone la libertà nel bilanciamento con la salute, ovvero che vi pone una salute imminente con una diversa, considerata nel lungo periodo. In proposito, si veda il par. 8.4 della sentenza, dove il Collegio si spinge a ritenere che la funzione giudicante, obbedendo a precise regole e valori di rilievo costituzionale, sia volta a presidiare beni non del tutto nella disponibilità della parte, facendo diventare tiranno il diritto alla salute nell'emergenza, nonostante la stessa Corte costituzionale, a più riprese, ma riassumibili nella nota pronuncia n. 118/96, si sia espressa ritenendo che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri». Si veda, inoltre, la sent. della Corte Cost. n. 85/13. Per un approfondimento dei principi costituzionali richiamati si veda M. Calamo Specchia, *Audizione della prof.ssa Marina Calamo Specchia. Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica 6 ottobre 2021, ore 10,30 in Diritto Pubblico Europeo Rassegna on-line*, n. 2/2021.

Diversamente, la precauzione preferibile è quella irriducibile al mero *hic et nunc*, ma che a piene ed effettive considerazioni presenti, che si danno carico della riserva di scienza senza individuarvi un limite assoluto di riflessione, affianca un'ottica di lungo termine, secondo il terreno d'elezione proprio del principio di precauzione, dotato di un'aspirazione al futuro, che anticipa problematiche reali, pur potenziali e postergate²³.

3.3. Il bilanciamento tra valori confliggenti: alla luce dei dubbi scientifici sulla efficacia e sulla sicurezza dei vaccini, è davvero una questione di solidarietà?

Posto quanto sin qui osservato, è sul ritenuto carattere *assolutamente accettabile* del bilanciamento rischi-benefici (par. 29.1 della sentenza) che non può proprio convergersi. Come anticipato, la gestione del rischio connesso all'obbligo del trattamento ne imporrebbe una più attenta ponderazione sia laddove si riferisce al legislatore, richiedendo scelte pienamente valutate, specialmente ove concernenti la salute di oggi e di domani, sia nella parte in cui si rivolge al giudice, demandandovi un sindacato di legittimità su quelle scelte. Riguardo al giudicante, il procedimento che deve guidarne la valutazione consta in un rigido *iter* razionale, parametrato a criteri giuridici, e non deve tracimare in uno slancio fideistico verso la scienza (cioè verso l'*ars tecnica* su cui poggia il potere posto in contestazione *sub iudice*); neppure, il giudizio può fondarsi su persuasioni o convinzioni personali.

Sebbene la discrezionalità (tecnica) limiti il sindacato del giudice, tale *costrizione* (enf.) della funzione giudicante non deve estrinsecarsi nell'omissione di una valutazione piena e

²³ Secondo la Corte costituzionale, nella stessa pronuncia n. 118/96, «il rilievo dalla Costituzione attribuito alla salute in quanto interesse della collettività, se è normalmente idoneo da solo 'a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale', cioè a escludere la facoltà di sottrarsi alla misura obbligatoria (si veda, altresì la sentenza n. 258 del 1994), non lo è invece quando possano derivare conseguenze dannose per il diritto individuale alla salute. Impregiudicato qui il problema del rilievo da riconoscersi all'obiezione di coscienza nei confronti dei trattamenti medicali, in nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario (o, come nel caso della vaccinazione antipoliomielitica che si pratica nei primi mesi di vita, chi esercita la potestà di genitore o la tutela) sia privato della facoltà di decidere liberamente. Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri» e invece il CdS invoca proprio questo tipo di sacrificio semplice, arrestandosi di fronte all'ignoto irriducibile in combinato alla riserva di scienza, senza nemmeno considerare che se il ragionamento della Consulta vale nel caso di bilanciamento tra autodeterminazione e salute collettiva, a maggior ragione deve valere quando in confronto vi siano il dubbio vantaggio per la salute collettiva dell'oggi e il potenziale danno per la salute collettiva di domani.

completa. Il giudice, infatti, ha il potere-dovere di accedere pienamente al fatto, anche secondo i principi europei della *full jurisdiction*, e nel valutare i criteri adottati dall'amministrazione deve motivare effettivamente e secondo modalità giuridiche *il perché* della ritenuta legittimità o illegittimità dell'*agere* amministrativo. E tanto non sembra aver fatto davvero il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, dai tratti più politici -pur astrattamente comprensibili ma non giustificabili- che giuridici.

Pietre angolari della valutazione in ordine all'obbligo di vaccinazione sono l'effettiva capacità schermante del farmaco, in rapporto agli scopi preventivi che l'imposizione si prefigge, nonché la relazione rischi-benefici, illuminata proprio dalle risultanze sull'attitudine protettiva del vaccino.

Mentre, come sopra illustrato, non è revocabile in dubbio l'incertezza che connota la prima di tali due direttrici logiche, la seconda si attesta su livelli che superano l'ordinario limite di tollerabilità, proprio della riserva di scienza, spostando l'assetto fisiologico del margine di incertezza scientifica verso un quadro patologico²⁴.

Ragione ne è la considerazione per cui non si può giustificare lo sbilanciamento del rischio, allocandolo in capo ai sanitari in nome dell'utilità ritratta per l'intera società, posto che quella stessa utilità è – almeno – dubbia e non certa come vorrebbe, invece, dare a intendere il Consiglio di Stato²⁵.

Se, ad esempio, come previsto dall'art.14-*bis*, Reg. CE n.726/04, la condizione per ottenere le autorizzazioni in CMA è che i benefici superino i rischi connessi alla somministrazione

²⁴ Sostenere come fa il Collegio che la riserva di scienza lasci al decisore pubblico un innegabile spazio di discrezionalità, colmabile solo in funzione del tempo, è argomento astratto e non condivisibile, laddove da tanto si faccia discendere la rinuncia all'esercizio pieno della funzione giudiziaria. Invero, essa deve spingersi entro un pieno accesso al fatto che, illuminato dalle varie nomenclature scientifiche e di ordine tecnico, da scandagliare *funditus* nelle proprie possibilità, eventualmente ricorrendo allo strumento della CTU, gli consentano di valutare in termini di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità la scelta compiuta dall'amministrazione e, ove i dubbi di legittimità ricalchino le statuizioni normative, avrebbe il potere-dovere di investire la Consulta. Per un approfondimento sul sindacato del giudice dell'emergenza si veda S. Foà, *Giustizia amministrativa e rito "tecnicamente condizionato". Il limite del sindacato giurisdizionale tra "riserva di scienza" e "ignoto irriducibile"*, in S. Foà e A. Camaiani (A cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Torino, in corso di pubblicazione.

²⁵ Per vero, si assiste nella pronuncia a una rappresentazione ondivaga degli argomenti per cui, se in avvio il Collegio ritiene certa l'attendibilità dei vaccini, al paragrafo 30.2, per esempio, si profonde, al contrario, a dichiarare l'incertezza carattere ineliminabile per trattamenti scientifici adottati nell'emergenza. Purtroppo, in questa incertezza, nell'ottica dell'amministrazione precauzionale riflessiva, la Corte giustifica le scelte adottate allocando il rischio connesso all'imposizione dell'obbligo in capo a una categoria a vantaggio di un'altra. Chiamando a un atteggiamento *samaritano* i professionisti sanitari, il Collegio ritiene legittimo soddisfare una dubbia utilità marginale attuale facendola prevalere su un rischio concreto, benché futuro ed eventuale. È evidente però come tale ragionamento possa tenere solo se l'assunto di partenza sia incontestato, e cioè la capacità preventiva dei vaccini sia tale da superare i rischi che vi sono connessi.

del farmaco (proprio perché al momento della messa in commercio v'è necessità di ottenere dati supplementari), in termini di proporzionalità e di ragionevolezza non appare sufficiente ponderare solo un rischio parziale e incompleto, cioè quello a breve termine e in rapporto al singolo individuo obbligato. Ciò vale maggiormente, come detto, avuto riguardo alla natura giuridica delle grandezze che si pongono in bilanciamento (salute *vs* salute; interesse generale *vs* interesse comunque generale), nonché all'utilità solo relativa che si ritrae dall'impiego anzitempo del farmaco²⁶, posta l'inefficacia a impedire la propagazione dei contagi.

Peraltro, non è revocabile in dubbio l'argomento, sostenuto dagli appellanti, per cui le stesse case farmaceutiche riconoscono che non sono ancora note le potenzialità del vaccino nella prevenzione, oltre a non essere certa la durata dell'efficacia schermante e ad essere ignote le conseguenze della somministrazione, specialmente a lungo termine²⁷. Ecco perché scomodare il principio di solidarietà non occorre, dovendosi anzi ravvisare un salto logico della Corte nella pronuncia che da una reale parziale capacità a frenare il contagio perviene ad assumere una indiscutibile efficacia dei vaccini, tale da giustificare perfino un linguaggio esasperatamente enfatico dalle insopportabili tinte moraleggianti²⁸.

²⁶ Va notato, in proposito, che proprio i Paesi produttori dei principali vaccini in commercio, USA e UK, hanno adottato una procedura d'emergenza che ne consente l'uso in ragione dell'emergenza, ma non autorizza il farmaco. Diversi, invece, gli approdi cui è pervenuta la Commissione Europea, con conseguente effetto *confortante* – ma evidentemente più in termini politici che scientifici – sull'attendibilità e sulla sicurezza dei vaccini nell'opinione dei giudici.

²⁷ Non sfugge che la vaccinazione, pur non escludendo il contagio, secondo una data impostazione scientifica ridurrebbe il rischio del ricovero in terapia intensiva. Tuttavia, già evidenziata l'assenza in sentenza di ogni documento a conforto di ciò, tale circostanza non supera altrettanto la prova di resistenza del rapporto rischi/benefici, posto che prima di incidere sulla salute umana vi sono molteplici modi per abbattere il potenziale carico sulle terapie intensive (es. razionalizzazione e aumento delle risorse economiche, investimenti volti ad aumentare il numero dei posti letto, nonché del personale disponibile), mentre la riduzione della gravità della malattia è messa in dubbio da tesi altrettanto scientifiche e dai dati ufficiali, che scorgono anche i vaccinati tra gli ospedalizzati - come verificabile nei bollettini ISSN già citati in nota. Di talché, appare comunque irragionevole la scelta politica di imporre un trattamento sanitario inefficace o comunque non sufficientemente tale da giustificare rischi per la salute individuale – degli obbligati – e della collettività. Siffatta irragionevolezza si estende a contaminare la decisione del Consiglio di Stato in commento, allorché ratifica acriticamente l'operato normo-amministrativo.

²⁸ Pur nella indubitabile gravità della malattia da Sars-Cov-2, non va perso di vista il tasso di mortalità che questo ha avuto nel nostro Paese (<https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-decessi-italia>; <https://flo.uri.sh/story/240006/embed?v2#slide-0>; <https://flo.uri.sh/story/240006/embed?v2#slide-4>; https://www.istat.it/it/files/2021/03/Report_ISS_Istat_2020_5_marzo.pdf; <https://www.trt.net.tr/italiano/photogallery/infografica/il-tasso-di-mortalita-per-fascia-d-eta>), dato da leggere in combinato disposto con la non precisione dei tamponi, inatti a distinguere tra infezione da Covid-19 e altri ceppi influenzali (su cui si veda il recente studio, pubblicato dalla FDA, richiamato alla successiva nota 36). Ciò, se rende non meno grave il fenomeno pandemico, non permette di tollerare espressioni volutamente esasperate come “continua a mietere vittime” ovvero attacchi moraleggianti alla categoria dei sanitari, colpevole per il fatto di avere attivato processualmente un proprio diritto o comunque di dubitare della legittimità di un'imposizione terapeutica dai caratteri dubbi di cui è tra i pochi ad essere gravata, e

Il Consiglio di Stato sembra perfino dimenticare quanto accaduto in relazione al vaccino Astrazeneca²⁹, di cui pur si sarebbe dovuto tenere opportunamente conto. L'analisi degli avvenimenti in fatto dimostra, invero, come la gestione del rischio connesso all'imposizione vaccinale debba e avrebbe dovuto essere sin qui molto più attenta di quella svolta in concreto.

Vieppiù, la considerazione per cui – in termini di sicurezza – sarebbe stato approntato un sistema di monitoraggio degli eventi avversi confligge con la totale assenza di campagne poste in essere dalle Autorità preposte, volte alla promozione e alla divulgazione della particolare utilità, se non del carattere fondamentale in tal senso, delle segnalazioni³⁰. Maggiormente, la Corte non tiene conto dell'assenza di farmacovigilanza attiva. La farmacovigilanza, infatti, si svolge attualmente solo nella sua forma passiva, retta cioè sulle segnalazioni che gli stessi cittadini indirizzano all'AIFA circa l'insorgenza di effetti potenzialmente collaterali alla vaccinazione, ma non si dispiega nella sua forma attiva, consistente nel controllo programmato – successivo alla somministrazione del farmaco –

adottata «per causa del personale deputato alla loro (*dei fragili*) cura, refrattario alla vaccinazione». Tale sarebbe, secondo l'Estensore, l'evenienza cui il legislatore ha voluto porre rimedio; evenienza che «costituirebbe (ed ha costituito) un grave tradimento di quella «relazione di cura e fiducia tra paziente e medico» e, più in generale, «tra paziente e gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria, un ripudio (*sic!*) dei valori più essenziali che la medicina deve perseguire».

²⁹ Il riferimento è alla vicenda delle autorizzazioni del vaccino Astrazeneca, prima emesse poi ritirate, in un caos narrativo e di indicazioni -provenienti dall'EMA- che ne ha connotato la somministrazione. Si veda, sul punto, la Dec. Esec. UE 698/2021 del 29 gennaio 2021, disponibile al link https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20210129150842/dec_150842_it.pdf, successivamente modificata dalla diversa UE 1998/2021 del 19/03/21, intervenuta a ridefinire le modalità di impiego di tale vaccino (giungendo perfino a rinominarlo con il termine *Vaxzevria*, al fine di non alimentare -legittime- fughe da quel farmaco). Non va dimenticato, poi, sia consentito anche a questa parte enfatizzare impiegando il dramma, che il rischio di cui è causa si è declinato nella brusca interruzione della vita di giovani e robusti soggetti che quasi certamente avrebbero potuto reagire efficacemente alla malattia (su cui si vedano i *reports* della farmacovigilanza citati in nota *supra*).

³⁰ Lo dimostra, tra l'altro, l'appello lanciato dai medici di Ippocrate.org per sensibilizzare a tanto <https://www.youtube.com/watch?v=kBpy2ycoPCo&list=TLGGafR3gXY7GhYxNDExMjAyMQ>, ma non meno lo studio dell'Università di Verona (<https://www.ilmiovaccinocovid19.it/>) e giovi evidenziare come la campagna divulgativa dell'AIFA, che nel suo ultimo rapporto di farmacovigilanza conclama solo circa centomila segnalazioni, molte delle quali non gravi (<https://www.aifa.gov.it/-/nono-rapporto-aifa-sulla-sorveglianza-dei-vaccini-covid-19>), è stata del tutto insufficiente. Si pensi: nemmeno uno spot televisivo a fronte di un elemento tanto cruciale quale il monitoraggio *ex post*. Tale considerazione assume rilievo alla luce del fatto che le modalità prescelte dall'autorità per segnalare e promuovere la farmacovigilanza si siano rivelate inidonee a raggiungere la totalità della cittadinanza che, come noto, è per la maggior parte sprovvista di strumenti e di capacità per attingere a risorse di informazione non elementari, anzi utilizzando la sola televisione. Va rilevato, inoltre, lo scarso numero di segnalazioni ufficiali rispetto a quelle officiose di cui dà conto anche il sito ufficiale <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/monitoring-covid-19-medicines-0#%20covid-19-vaccines%3A-pharmacovigilance-plan-section> e le segnalazioni che possono scorgersi qui: <https://www.adrreports.eu/>.

di indicatori clinici delle conseguenze infauste più plausibili, come per esempio il monitoraggio *ex post* dei fattori di coagulazione, come noto connessi alla vaccinazione almeno a mRNA in via pretrombotica e senza che sia necessario attendere l'insorgenza di problematiche anche gravi o irrimediabili. Solo questa circostanza potrebbe ragionevolmente condurre a ritenere accettabile il livello di rischio, proprio in quanto effettivamente monitorato.

Infine, preme notare che la questione del bilanciamento tra diritti fondamentali dovrebbe assumere caratteri esclusivamente oggettivi e non estrinsecarsi in un confronto tra categorie nel tentativo di individuare una prevalenza (sanitari vs persone vulnerabili).

Peraltro, se si pensa all'effetto di salvaguardia verso i soggetti vulnerabili, posto nella pronuncia a suffragio della bontà della adottata *vaccinazione obbligatoria selettiva*, va evidenziato come l'argomento sia cedevole a fronte della mancata estensione dell'obbligo proprio in capo a quei soggetti che ne abbisognerebbero maggiormente³¹.

Se infatti è vero che la *ratio legis* va individuata specialmente nella necessità di tutela dei più fragili, non si vede perché il legislatore avrebbe potuto mancare d'imporre anche a loro il trattamento, dato il sicuro vantaggio recato dal vaccino secondo la ricostruzione della Corte sulla sua *bontà*³².

³¹ Proprio sull'assenza di ulteriori obblighi da quello che colpisce i sanitari si ricava il *fumus* d'incertezza che copre i vaccini Covid, niente affatto fuori discussione come ci vorrebbe convincere l'Estensore. Si tratta, piuttosto, di un bilanciamento tutto politico che il legislatore dell'emergenza ha compiuto tra gli interessi della categoria dei sanitari e le categorie dei fragili, oppure tra i primi e l'interesse generale nei termini dubbi di cui si è detto, ma non certo della pacifica conseguenza di verità scientifiche [si precisa che al momento della scrittura del presente commento, non era ancora intervenuta l'estensione dell'obbligo al personale scolastico]. Trattandosi, come detto, di valori incerti e dichiaratamente non consolidati, dovrebbero essere sempre confrontati con gli studi. Tra questi, ve ne sono alcuni che ritengono inopportuno puntare sulla cd. *terapia di gregge* indotta dalla vaccinazione diffusa in piena pandemia. Ci si riferisce, in particolare, alla considerazione per cui "non bisogna neppure sottovalutare il fatto che i vaccini stessi possono accelerare i tassi di mutazione virale. Alcuni studi mostrano, in particolare, che proprio i vaccini che non prevengono la trasmissione di un virus possono promuovere l'emergere di ceppi patogeni più virulenti nei soggetti non vaccinati" (E. Burgio, *op. cit.*, che a sua volta rinvia a Read AF, Baigent SJ, Powers C, Kgosana LB, Blackwell L, Smith LP, *et al.*, *Imperfect Vaccination Can Enhance the Transmission of Highly Virulent Pathogens*, in *PLoS Biol*, n. 13(7)/2015).

³² Va notato come il limite naturale della solidarietà sia nel nostro ordinamento individuato dall'apprezzabile sacrificio di se stessi o di un proprio interesse (nei rapporti tra privati si veda M. Bianca, *Diritto Civile. L'obbligazione*, Milano, 1993. Tale principio civilistico è assumibile a criterio generale di regolazione dei limiti solidaristici, posto che la buona fede, che lo estrinseca, non è altro che la declinazione in via ordinaria dell'art. 2 Cost.). Sicché il Collegio, nel ritenere che il rischio connesso alla somministrazione del vaccino debba essere sopportato da una categoria diversa da quella che ne ricaverebbe il maggior vantaggio, finisce per rovesciare il ragionamento logico-giuridico ordinario, che – nell'approccio medesimo della Corte – dovrebbe vedere semmai obbligati i soggetti vulnerabili, posto il vantaggio che deriverebbero dal vaccino.

Tuttavia, proprio dall'aver solo raccomandato (e, si badi, nemmeno formalmente)³³ la vaccinazione contro la Covid a queste categorie più bisognose di protezione, si ricava il carattere discriminatorio e irragionevole della scelta di imporlo ai soli sanitari.

Senza contare, poi, il motivo di opportunità per cui allocare il rischio di eventi infausti sulla categoria professionale cruciale e determinante nella buona risoluzione della pandemia appare una scelta avversante ogni logica umana minima, prima che politica e tecnica.

Per tutti i suddetti motivi, pertanto, rilevato il carattere manifestamente irragionevole e sproporzionato del bilanciamento tra interessi confliggenti, si sarebbe dovuto almeno investire la Corte Costituzionale della questione di legittimità, invocata dagli appellanti, sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost., relativo alla irragionevolezza dell'obbligo, ma anche alla discriminazione soggettiva ch'esso realizza³⁴.

4. Osservazioni conclusive.

Alla luce di quanto sin qui osservato, può concludersi che, al fine di ottenere una valutazione di costituzionalità circa l'obbligo di vaccinazione, l'errore d'impostazione forse commesso dagli appellanti è stato porre l'accento sulla libertà di autodeterminazione

³³ Non figura il vaccino contro la Sars-Cov-2, infatti, nel calendario vaccinale disponibile nel sito ufficiale del Ministero della Salute https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_4829_listaFile_itemName_0_file.pdf; nemmeno, alcuna notizia in tal senso è reperibile in altre fonti, salvo a non voler inserire la vaccinazione Covid tra le raccomandazioni per le normali forme influenzali. Può ragionevolmente presumersi, conseguentemente, che anche l'indennizzo per danni subiti in ragione della somministrazione dei vaccini anti-Sars-Cov-2 sia incerta e non possibile. L'omissione della formale iscrizione dei vaccini anti-sars-Cov-2 negli elenchi di vaccini raccomandati od obbligatori, revoca in dubbio la capacità di ottenere compensazioni in caso di eventi avversi. Per costante giurisprudenza, l'indennizzo al singolo, sacrificatosi in nome di un interesse solidaristico a ricevere una cura o un trattamento raccomandato o imposto dallo Stato, è concesso allorché il danno si leghi almeno alla formale raccomandazione, criterio diverso dalla spinta di fatto che concerne i vaccini anti-Covid (si veda in proposito Corte costituzionale, ss. nn. 118/2020, 107/2012, 423/2000, 27/98). Peraltro, preme ribadire la non sovrapposibilità dei rimedi preventivo-reale e successivo-compensatorio in cui consta l'indennizzo: quest'ultimo interviene a lesione compiuta anziché, preferibilmente, a impedire e prevenire ogni lesione o pericolo per la salute e l'integrità psico-fisica dei soggetti.

³⁴ Rafforza il carattere irragionevole dell'obbligo – e della sua validazione da parte del Collegio – la considerazione per cui anche i medici veterinari ne sono soggetti, pur essendo esclusi da ogni contatto con pazienti umani e senza che, perciò, tenga alcuno degli argomenti sostenuti dalla Corte con pedanteria sulla alleanza terapeutica. Altrettanto, valga considerare che i tecnici applicati al monitoraggio dei livelli di radiazioni emanate da certi macchinari, costretti all'isolamento mentre lavorano e privi di ogni contatto umano per l'intero turno di lavoro, anche ove iscritti in complessi non ospedalieri, si sono visti sanzionare e perfino chi svolge la professione con consulenze telematiche, da remoto, si è visto immotivatamente sospendere dall'esercizio delle funzioni, a dimostrazione dell'intento sostanzialmente stigmatizzante, in chiave sociale, di tali sanzioni amministrative.

del singolo anziché sulla ragionevolezza dell'obbligo di per sé; e ciò proprio avuto riguardo a interessi generali, più che individuali.

A prescindere da come la si ponga, però, le conclusioni cui perviene la sentenza in commento integrano un irragionevole salto logico: dalla considerazione per cui sussiste un'emergenza³⁵, si legittimano scelte rischiose in nome di un vantaggio immediato ma incerto, senza considerare gli effetti futuri delle scelte compiute, sia con riguardo ai singoli che nell'interesse della società, rinunciando *a priori* a valutare le varie opzioni tecniche rilevanti, sul presupposto che la scienza, con le sue riserve e coi dubbi irriducibili che la connotano – specialmente quando reagisce all'emergenza – non consentirebbe alcun vaglio giurisdizionale³⁶.

³⁵ In proposito, preme osservare che l'emergenza viene protratta dal gennaio 2020 in base alle risultanze dei rilievi antigenici o molecolari, oltretutto di ricoveri e denunce di sintomatologia o patologia. Sui primi, di recente la FDA, ente governativo americano che si occupa di autorizzazione farmacologica -la corrispondente AIFA negli USA- ha emanato un documento in cui si dichiara che «Since no quantified virus isolates of the 2019-nCoV were available for CDC use at the time the test was developed and this study conducted, assays designed for detection of the 2019-nCoV RNA were tested with characterized stocks of in vitro transcribed full length RNA (N gene; GenBank accession: MN908947.2) of known titer (RNA copies/ μ L) spiked into a diluent consisting of a suspension of human A549 cells and viral transport medium (VTM) to mimic clinical specimen» (<https://www.fda.gov/media/134922/download>). Ciò significa che, almeno fino a un certo momento, i tamponi erano svolti attraverso l'impiego di rilevatori della normale influenza, attesa l'impossibilità di isolare la sequenza genetica del Sars-Cov-2. Non avendo ragione di dubitare della veridicità delle informazioni ufficiali rilasciate da un organo ufficiale, quale è l'istituzionale Food and Drug Administration americana, evidentemente ne deriva che l'intera impalcatura emergenziale, almeno quella relativa al periodo cui si riferisce il documento FDA, sarebbe da revocare in dubbio (il che non significa, bene precisarne anticipatamente a chiarimento, che si stia qui negando la gravità della malattia o il virus in sé).

³⁶ Peraltro, la sentenza mostra, in questa parte, di ritagliare ad hoc le estrapolazioni di dottrina su cui basa le proprie statuizioni. Infatti, E. Frediani, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. Amm.*, marzo 2021, p. 137, sostanzialmente recuperato in citazione nella sentenza qui in commento, spiega come il legislatore sia chiamato a colmare quelle lacune fisiologiche della scienza: «la logica conseguenza di una tale incertezza quanto agli strumenti di intervento, unita all'insinuarsi nell'intera vicenda di dinamiche conflittuali tra centro e periferia, è quella di una non conformità del modello di azione prescelto rispetto al principio di tempestività degli interventi di contrasto al diffondersi della pandemia. Ne costituisce dimostrazione la circostanza per cui, in primis, all'atto di dichiarazione dello stato di emergenza, la strada seguita è stata quella del ricorso a strumenti di contrasto ex post e non ex ante di una epidemia che di lì a poco si sarebbe abbattuta sull'intero territorio nazionale. In altri termini, l'utilizzo del potere di ordinanza di cui all'art. 25 del codice della protezione civile, al fine di fronteggiare in via preventiva il diffondersi del coronavirus, appare il risultato di un errore di impostazione di carattere metodologico che incide peraltro sulla tempestività dell'azione pubblica e denota una distorta applicazione dell'idea stessa di resilienza. Le ordinanze in questione, infatti, si fondano sul presupposto di situazioni, eventi o calamità 'già verificatisi', dato non del tutto trascurabile a fronte della chiaramente distinta necessità di prevenire ex ante e gestire in itinere il diffondersi di una pandemia. Appare evidente come questo difetto di impostazione abbia contribuito a portare nuovamente ad emersione una criticità che attiene, in particolare, al primo livello della 'strategia strutturata' di analisi del rischio, ossia al momento che corrisponde alla valutazione di quest'ultimo». È chiaro, quindi, come tale intervento legislativo assuma un significato politico e non possa ritenersi a carattere tecnico-amministrativo, giustificato altrettanto dalla scienza. Invero, vale sempre il paradosso di Epimenide per cui delle due l'una: o la scienza lascia margine alla politica, stante la sua consustanziale incapacità a coprire l'intero scibile, ovvero lo copre, ma in tal caso la tecnica diviene – eccome

L'iter argomentativo seguito dal Consiglio di Stato è smentito da rilievi fattuali³⁷ e la ragionevolezza delle statuizioni è scricchiolante già per l'impostazione concettuale da cui la Corte prende le mosse, ovverosia dalla ritenuta indubitabile sicurezza del farmaco autorizzato in CMA, posta a base del rigetto di tutte le istanze degli appellanti³⁸.

Come già accennato, inoltre, se il giudice è soggetto solo alla legge³⁹ e nel pronunciarsi deve fare corretta applicazione delle norme dell'ordinamento, senza mai sconfinare in attestazioni rispondenti a convinzioni personali o al proprio bagaglio di conoscenze, la pronuncia *de qua* sconfessa del tutto tale principio⁴⁰.

Non sorprende, va detto, in un momento storico in cui l'impianto tradizionale del diritto e, ben più pericolosamente, l'impalcatura costituzionale dell'ordinamento hanno rivelato la loro fragilità al cospetto dell'emergenza⁴¹. Addirittura si è sostenuto con la massima autorevolezza che il legislatore ben può introdurre nuovi strumenti normativi per far fronte

– sindacabile, con punte eventuali di sostituibilità, ancorché restituita agli organi amministrativi o adottata di concerto ai consulenti tecnici, appunto, del giudice.

³⁷ A titolo esemplificativo si veda <https://www.cnb.com/2021/09/27/harvard-business-school-temporarily-moves-some-mba-classes-online-to-curb-covid-outbreak.html>, ove si legge: "The school, located in Boston, is switching to remote learning through Oct. 3 to try to suppress the virus, which is mostly infecting the university's fully vaccinated graduate students, according to the institution's website. Roughly 95% of the university's students and 96% of its staff are vaccinated. More than 1,000 students are enrolled in the business school's class of 2023".

³⁸ Peraltro, il richiamo alla conversione in autorizzazione ordinaria della CMA per le cure oncologiche, compiuto al paragrafo 27.1 della sentenza, prova troppo e non tiene sul piano logico. Data la profonda diversità tra le due malattie, non paragonabili, occorre rilevare, altresì, la differente natura dei farmaci: la terapia ha carattere curativo, la vaccinazione ha funzione preventiva. Mentre la prima agisce a malattia in corso, quindi, l'altra interviene su soggetti anche sani o asintomatici. Inoltre, il livello percentuale di mortalità e curabilità delle due distinte manifestazioni patologiche è rovesciato. Ciò influenza certamente il processo decisionale e valutativo per la conversione dell'autorizzazione, operato sul rapporto rischio-beneficio, come richiesto ai sensi dell'art.14-bis, Reg. CE n. 726/14. Anche in termini giuridici, poi, a nulla rileva l'avvenuta conversione in autorizzazioni ordinarie delle prime (par. 26.5), posto che non se ne può certo ritrarre un valido criterio generale, atto a legittimare la procedura *ea ipsa*. Da tanto si può ricavare solo l'avvenuta conversione per il farmaco che l'ha già ricevuta, ma quella specifica autorizzazione, o anche plurime eventualmente intervenute in successione, non hanno alcun rilievo dirimente in termini probatori sull'affidabilità *pro futuro* della CMA, che dipende, piuttosto, dall'oggetto della procedura e non dalla procedura in sé. Il collegio, invece, in modo irragionevole, poggia su tale assunto addirittura il presupposto logico concettuale per respingere l'intero ricorso.

³⁹ Si vedano, in proposito, gli articoli 101, 103, 104, 111 e 113 Cost., per autonomia, indipendenza e obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari, nonché per il ruolo del Consiglio di Stato nell'ordinamento e per il diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi, da leggersi in combinato disposto con l'art. 13 CEDU e con il diverso art. 47 CDFUE sulla sua effettività. Per un approfondimento: L. Bertonazzi, *Il contributo di Amorth alla nozione giuridica di gerarchia*, in *Dir. Amm.*, marzo 2021, p. 3.

⁴⁰ Si vedano, in particolare, i punti 34.2 e 34.3 della sentenza del Consiglio di Stato qui in commento.

⁴¹ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020; nonché, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/RDC_04_2020_0890-SIRENA.pdf, e G. Guzzetta, *L'impatto delle misure anti-pandemiche sulla forma di stato e di governo* in S. Foà e A. Camaiani (A cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, cit.; anticipava già acute osservazioni critiche N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007 e, dello stesso Autore, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

all'emergenza: un legislatore che da creatore delle leggi, quindi, diviene creatore dell'ordinamento⁴².

Tuttavia, come noto, il problema si pone allorché la funzione legislativa e quella esecutiva si assommano in capo ad un unico organo, ancorché non formalmente ma in termini sostanziali, e i limiti all'azione dell'esecutivo, nonché i suoi presupposti, vadano comunque ricondotti al Governo. V'è da chiedersi, pertanto, quale democraticità residui in questo Stato⁴³.

Se poi anche l'organo giudiziario si allinea acriticamente alle valutazioni dell'amministrazione, rifugiandosi sulla insindacabilità del merito (politico, ma che definisce) amministrativo, ecco che viene al pettine il nodo sopraccennato: *quid iuris* e quale giustizia è possibile laddove, per via dell'emergenza, il potere si accenti nelle mani del Governo, al contempo legislatore ed esecutore, e contro le cui scelte non è dato alcun sindacato, poiché tali decisioni sono discrezionali, tecniche o politiche? Ci risponderà la storia.

Al momento, affinché siano garantiti il diritto di difesa o il diverso diritto a un ricorso effettivo (tutelati dagli artt. 24, 113 Cost. e 117, c. 1, Cost., in combinato con l'art. 13 CEDU, nonché dall'art. 47 CDFUE), l'adesione acritica del giudicante verso la discrezionalità tecnica su cui poggia perfino l'atto normativo appare temibile.

Nell'emergenza sanitaria, l'atto normativo è adottato sulla base di considerazioni tecnico-scientifiche e lo stesso atto (tecnico-)normativo vincola l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti a valle. Sicché, in tale sequenza tecnico-normativo-provvedimentale, rinunciare a priori a tenere in qualsiasi conto proposte altrettanto tecniche, ma alternative a quelle sposate dal governo, significa abiurare la funzione giudicante e svuotare la democrazia di un reale sistema di *checks and balances*. Ciò in quanto l'intero potere decisorio, normo-amministrativo, già compresso sostanzialmente in un unico organo, è rimesso a consultazioni tecniche ritenute insindacabili.

⁴² Il riferimento è qui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 198/2021, a mente della quale è «8.1.1.– [...] ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima», come appunto accaduto «a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire (sentenza n. 37 del 2021)».

⁴³ Si vedano sul punto le tesi sostenute dall'Osservatorio Permanente per la Legalità Costituzionale, disponibili [al link https://generazionifuture.org/sistema-normativo-delle-fonti-nel-governo-giuridico-della-pandemia-illegittimita-diffuse-e-strumenti-di-tutela/](https://generazionifuture.org/sistema-normativo-delle-fonti-nel-governo-giuridico-della-pandemia-illegittimita-diffuse-e-strumenti-di-tutela/)

Il tutto, ovviamente, salvo a non voler conclamare la natura schiettamente politica degli atti, con le conseguenti responsabilità che ciò reca, senza trincerarsi dietro un'irragionevole copertura amministrativa, che maschera con fatica uno spazio di assunta giustiziabilità realmente insussistente⁴⁴.

Pertanto, per quanto d'interesse in questa sede, proprio il rilievo, compiuto in assenza di ogni pregiudizio, della sussistenza di copiose critiche in ambito scientifico sulla capacità del vaccino anti-Covid a determinare effetti utili sul governo della malattia, nonché sui rischi potenziali di una sua diffusa somministrazione durante una pandemia, rinsalda i dubbi di legittimità circa la descritta impostazione argomentativa del Consiglio di Stato⁴⁵. Dette critiche, infatti, avrebbero perlomeno dovuto condurre la Corte, se non a investire la Consulta delle censure di ragionevolezza mosse dagli appellanti, a compiere un sindacato pieno, che apprezzasse l'intervenuta scelta tecnica, mettendo in campo tutti gli strumenti che il rito amministrativo offre a tale scopo.

Abstract: Con sentenza n. 8340/2021 del 20 ottobre 2021, il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso di alcuni sanitari e confermato la legittimità dell'obbligo di vaccinazione anti-Covid, introdotta dal d.l. n. 44/2021. La presente nota prova a sottolineare le diverse conclusioni cui si sarebbe potuti pervenire portando all'attenzione della Corte la

⁴⁴ Non sfugge la sovrapposizione concettuale tra i piani amministrativo e legislativo. Tuttavia, è proprio in ciò che si estrinseca la sequenza normativa dell'emergenza, recentemente validata – pur parzialmente – dalla s.n. 198/2021 della Corte costituzionale, che ha ritenuto legittima l'adozione di atti aventi forza di legge che demandino a successivi atti di alta amministrazione (i DPCM) la definizione del contenuto prescrittivo della norma. È evidente che i presupposti dell'atto normativo o dell'atto amministrativo successivo sono anch'essi espressione di un potere discrezionale dell'amministrazione (CTS o consulenti del Governo) – peraltro connotato da una scarsa trasparenza, data la segretezza dei verbali. Pertanto, a una ritenuta insindacabile discrezionalità tecnica nella valutazione dei presupposti degli atti amministrativi, che specificano la norma (ma che, a ben vedere, si pongono anche alla base delle stesse scelte politiche, specialmente quelle legate alla valutazione della persistenza dello stato d'emergenza), si aggiunge l'ulteriore discrezionalità politica dell'organo di governo, espressione del potere esecutivo, come tale indubitabilmente insindacabile in via giudiziale. Ne consegue che la giustiziabilità degli atti è sostanzialmente azzerata, con sacrificio del diritto di difesa, del diritto a un ricorso e alla sua effettività. Per un approfondimento sul ruolo del g.a. nell'emergenza si veda M.A. Sandulli, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *Giustiziainsieme*, aprile 2021.

⁴⁵ Si vedano, a mero titolo esemplificativo, P. Doshi, *Will Covid-19 vaccines save lives? Current trials aren't designed to tell us*, in *BMJ*, ottobre 2020, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33087398/> e P. Doshi *Pfizer and Moderna's 95% effective vaccines - we need more details and the raw data*, in *BMJ*, gennaio 2021, disponibile al link <https://blogs.bmj.com/bmj/2021/01/04/peter-doshi-pfizer-and-modernas-95-effective-vaccines-we-need-more-details-and-the-raw-data>, dove l'autore scrive: "There is a clear need for data to answer these questions, but Pfizer's 92-page report didn't mention the 3410 "suspected covid-19" cases. Nor did its publication in the New England Journal of Medicine. Nor did any of the reports on Moderna's vaccine. The only source that appears to have reported it is FDA's review of Pfizer's vaccine", rinviando alla fonte <https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMoa2034577>. Si veda, inoltre, P.D. Thacker, *Covid-19: Researcher blows the whistle on data integrity issues in Pfizer's vaccine trial*, cfr. *BMJ*2021;375:n2635. doi:10.1136/bmj.n2635 pmid:34728500.

ragionevolezza dell'obbligo di per sé, piuttosto che la libertà di autodeterminazione del singolo.

Abstract: The Italian administrative Supreme Court rejected the appeal of some healthcare professionals and it confirmed the legitimacy of the anti-Covid vaccination obligation, introduced by the law decree no. 44/2021. This note tries to underline the different conclusions that could have been reached by bringing to the attention of the Court the reasonableness of the obligation itself, rather than the individual freedom of self-determination.

Parole chiave: vaccinazione – Covid-19 – Consiglio di Stato.

Key words: vaccination – Covid-19 – State Council.