GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Sulla sindacabilità della certificazione medica di esonero vaccinale

Nota a Cons. St., sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454

di **Simone Serio**

Il principio del controllo non meramente formale sulla sussistenza delle condizioni esoneratrici posto dal Consiglio di Stato e disatteso dalla normativa sopravvenuta

9 febbraio 2022

---

1. Premessa: il giudice amministrativo e la legislazione emergenziale anti-COVID in tema di vaccinazione obbligatoria

La sentenza in commento si inserisce nell'ambito di una serie di pronunce con le quali il giudice amministrativo ha avuto modo di affrontare questioni, di scottante attualità, nate sull'onda dell'emergenza epidemiologica tuttora in corso e che rimandano al tema sensibile del rapporto fra il valore costituzionale della libertà di autodeterminazione dell'individuo con riguardo alla sfera della propria salute e quello della tutela della salute pubblica.

Tali decisioni hanno avuto in molti casi origine da ricorsi presentati da lavoratori del settore della sanità avverso provvedimenti che, in applicazione della normativa in tema di vaccinazione obbligatoria anti-COVID selettiva, prevista cioè esclusivamente per il personale sanitario o di

interesse sanitario, operante nella sanità pubblica ed in quella privata, avevano disposto nei confronti di quegli operatori che non avessero ottemperato all'obbligo vaccinale l'adozione delle misure ricollegate dalla legge a tale inosservanza**[i]**.

Detti ricorsi, con cui si sono impugnati in prevalenza i provvedimenti di sospensione dal servizio per inosservanza dell'obbligo di vaccinazione adottati in ragione dell'impossibilità di assegnazione del lavoratore a mansioni diverse**[ii]**, sono stati il più delle volte rigettati dagli organi giurisdizionali aditi, i quali si sono espressi nel senso che, a fronte di crisi sanitarie che rappresentano una grave minaccia per la salute di tutti e di ciascuno – quale è quella concretizzata dalla pandemia di COVID-19 -, l'interesse della collettività alla salute assurge al rango di valore superiore, idoneo a giustificare il sacrificio anche del diritto all'autodeterminazione riguardo alla propria salute**[iii]**; nell'aderire a siffatta prospettazione ermeneutica il giudice amministrativo ha mostrato di muovere dalla considerazione per la quale le normative di carattere emergenziale, di cui quella in materia di vaccinazione obbligatoria in funzione di contrasto della pandemia è un rilevantissimo esempio, costituiscono il risultato di un bilanciamento, operato dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità politica, volto a far prevalere, in ragione appunto dell'eccezionalità della situazione disciplinata, l'istanza solidaristica sottesa al disposto costituzionale dell'art. 32; istanza che giustifica, in nome della salvaguardia della salute pubblica, l'imposizione di limiti stringenti ad altri interessi pur costituzionalmente rilevanti, ma afferenti alla dimensione prettamente individuale della persona **[iv]**.

La decisione qui annotata affronta un peculiare aspetto della disciplina legislativa in tema di obbligo vaccinale imposto al personale sanitario; con essa, infatti, i giudici di Palazzo Spada hanno fatto il punto sul potere di controllo spettante all'amministrazione sanitaria sulla sussistenza delle condizioni che, per legge, sono idonee ad esonerare dall'adempimento di tale obbligo.

Tuttavia, come emergerà dal prosieguo della trattazione, il principio evincibile dal *decisum* in esame è suscettibile oramai di applicazione esclusivamente alle vicende disciplinate, *ratione temporis*, in base alla legislazione preesistente al d.l. 26 novembre 2021, n.172, che significative modifiche ha arrecato all'originario articolato normativo.

2. La questione sottoposta al Consiglio di Stato

La pronuncia *de qua* ha tratto origine dall'appello proposto da un medico convenzionato presso una asl avverso la sentenza con cui il Tribunale amministrativo regionale dallo stesso adito aveva rigettato il ricorso per l'annullamento degli atti, adottati dall'asl competente, di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale e di conseguente sospensione dell'operatore sanitario dal servizio senza corresponsione di retribuzione.

Nella sentenza appellata il giudice di prime cure aveva respinto il motivo di ricorso con cui veniva denunciata la violazione dell'art. 4, co. 2, d.l. n. 44/2021, che, a fronte della certificazione, ad opera di un medico di medicina generale, di «specifiche condizioni cliniche documentate» e tali da configurare un «accertato pericolo per la salute» individuale, consente che la vaccinazione venga omessa o differita ed esclude, pertanto, il relativo obbligo; lamentava infatti il ricorrente che le misure disposte nei suoi confronti fossero illegittime, in quanto adottate pur avendo egli ottemperato agli adempimenti di legge previsti per il riconoscimento dell'esenzione dall'obbligo vaccinale.

In particolare, l'infondatezza della censura veniva motivata dal giudice adito in primo grado sulla base della rilevata non conformità delle due certificazioni di esenzione, trasmesse alla asl in momenti distinti, alle modalità previste dall'art. 4, co. 2, d.l. n. 44 cit., atteso che esse si erano limitate ad attestare genericamente che il ricorrente era affetto da patologie non rientranti fra quelle oggetto di sperimentazione da parte delle aziende farmaceutiche produttrici dei vaccini anti-COVID, senza essere pertanto accompagnate dall'indicazione delle «specifiche condizioni cliniche» idonee ad integrare il «pericolo per la salute» il cui accertamento è richiesto dalla legge ai fini del perfezionamento della fattispecie esoneratrice, né dalla documentazione comprovante le ragioni poste alla base dell'esonero vaccinale prospettato nella certificazione.

Nella sentenza oggetto del gravame, inoltre, si rilevava come non potessero trovare spazio le istanze di tutela della sfera di riservatezza dell'interessato, richiamandosi alle quali quest'ultimo aveva prodotto il certificato di esenzione nei termini anzidetti, dal momento che la decisione del legislatore, all'esito del bilanciamento effettuato fra tutela della *privacy* ed esigenze di trattamento dei dati sensibili per finalità di sanità pubblica, si era orientata nel senso di gravare l'interessato stesso dell'obbligo di supportare la certificazione rilasciata dal proprio medico curante e da versare agli atti del procedimento con la documentazione idonea a provare le ragioni giustificative dell'esonero vaccinale.

La critica rivolta dall'originario ricorrente con l'atto introduttivo del giudizio di appello nei confronti della pronuncia impugnata aveva ad oggetto *in primis* l'affermazione per la quale alle asl, ai sensi della legislazione in tema di vaccinazione obbligatoria anti-COVID selettiva, fosse

demandato il controllo della correttezza dell'attività certificativa svolta dai medici di medicina generale; affermazione, questa, censurata come priva di qualsiasi base normativa, posto che, secondo la deduzione dell'appellante, detta legislazione avrebbe attribuito all'amministrazione sanitaria un compito limitato alla mera ricezione della certificazione di esonero rilasciata dal medico curante, con esclusione pertanto del potere di esigere la documentazione medica comprovante le ragioni dell'esenzione.

Il motivo di doglianza è stato ritenuto non fondato e, pertanto, respinto dal Consiglio di Stato; il supremo consesso di giustizia amministrativa, infatti, ha considerato correttamente esercitato il potere di accertamento attribuito all'asl, fondando tale giudizio sull'argomento per cui quest'ultima avrebbe riscontrato l'inottemperanza all'obbligo vaccinale ricollegandola alla rilevata non conformità delle certificazioni di esenzione presentate alle modalità tipizzate dal legislatore, e non invece, come dedotto nell'atto di appello, attraverso l'effettuazione di un controllo sulla correttezza dell'operato dei medici certificatori, andando cioè a sindacare quanto da loro attestato; con il che è stata rigettata la tesi, sostenuta dall'originario ricorrente, del travalicamento, da parte dell'asl competente, dei limiti posti dalla legge rispetto all'espletamento della funzione di accertamento dell'inottemperanza all'obbligo di vaccinazione demandata all'amministrazione sanitaria.

3. La normativa di riferimento e la soluzione interpretativa prospettata dai giudici di Palazzo Spada

Al fine di meglio comprendere la soluzione data dai giudici amministrativi alla questione loro sottoposta, è bene inquadrare il dettato normativo sotteso alla controversia *de qua* nell'ambito dei principi generali che governano la materia dei trattamenti sanitari obbligatori.

Tali principi sono stati enucleati grazie al determinante contributo della giurisprudenza della Consulta, la quale ha avuto modo di precisare in più di un'occasione la portata del relativo disposto costituzionale**[v]**; l'art. 32, co. 2, Cost., infatti, di per sé si limita a prescrivere da un lato la necessità della previsione di legge**[vi]** e, dall'altro, quella del rispetto della persona umana nella configurazione di un certo trattamento sanitario come obbligatorio**[vii]**.

In particolare, l'orientamento del Giudice delle leggi è consolidato nell'enunciare il principio per il quale l'imposizione del trattamento debba porsi come funzionale, ad un tempo, alla protezione tanto della salute di chi vi è assoggettato quanto di quella della generalità dei consociati**[viii]**; la

legittimità costituzionale della previsione legislativa dell'obbligatorietà del trattamento è legata pertanto all'assenza di qualsiasi contrasto fra tutela della salute individuale e tutela della salute pubblica**[ix]**, con conseguente inammissibilità di qualsivoglia trattamento disposto per salvaguardare l'interesse generale alla salute collettiva, ma suscettibile di arrecare pregiudizio, oltre la soglia della normale tollerabilità, all'integrità psico-fisica del soggetto passivo del trattamento stesso**[x]**; per quest'ultima evenienza, per l'ipotesi cioè di concretizzazione del rischio di lesione correlato al trattamento obbligatorio, la stessa giurisprudenza costituzionale ha sempre ritenuto necessaria l'introduzione, da parte del legislatore ordinario, di forme di tutela ulteriori rispetto alla tutela risarcitoria, sotto forma di liquidazione equitativa per il danno patito **[xi]**.

La funzionalità del trattamento di cui viene prevista l'obbligatorietà alla protezione sia della salute individuale che di uno specifico interesse della collettività alla salute generale (e non di un interesse pubblico qualsiasi**[xii]**) – che, come si è appena detto, costituisce, per *ius receptum*, la condizione fondamentale della conformità al dettato costituzionale della previsione legislativa impositiva dell'obbligo di trattamento -, discende dalla necessità, postulata dall'art. 32 Cost., di contemperare il diritto alla salute del singolo individuo (comprensivo del profilo della libertà di cura) con l'uguale diritto rivendicabile da ciascuno degli altri individui e, dunque, con la salute come interesse della collettività**[xiii]**.

D'altro canto, l'impossibilità di sacrificare l'interesse alla salute individuale a quello alla salute pubblica costituisce un portato dell'impostazione personalista alla base della Carta costituzionale del 1948, che esclude in radice che il primo possa assumere posizione servente rispetto al secondo**[xiv]**.

Nella materia dei vaccini la necessità di realizzare un ragionevole punto di equilibrio fra il diritto del singolo di autodeterminarsi rispetto ai trattamenti sanitari e le ragioni di tutela della salute individuale e collettiva attribuisce un ruolo di primo piano alla discrezionalità del legislatore, chiamato ad individuare di volta in volta, sulla base dei dati offerti dalle evidenze scientifiche disponibili al momento nonché della situazione epidemiologica accertata dalle autorità sanitarie, quale tecnica, fra quella della raccomandazione e quella dell'obbligo, sia la più indicata nella logica della garanzia di un sistema di profilassi vaccinale idoneo a prevenire efficacemente l'insorgenza di malattie infettive**[xv]**.

Pertanto, nonostante la libertà di cura costituisca, conformemente alla già richiamata impostazione personalista della Costituzione, il principio generale che governa l'intera materia dei trattamenti sanitari**[xvi]** – così che la regola è la volontarietà di questi ultimi, mentre la loro

obbligatorietà ha carattere eccezionale**[xvii]** – il legislatore può scegliere di porre la somministrazione vaccinale ad oggetto di un obbligo, optando per lo strumento della coercizione anziché per quello della persuasione, purché tale scelta risulti non irragionevole alla luce delle condizioni epidemiologiche rilevate nelle sedi appropriate e sia sorretta dalle acquisizioni al momento accreditate e largamente condivise dalla comunità medico-scientifica**[xviii]**.

La scelta effettuata dal legislatore con il d.l. n. 44/2021 per fare fronte all'emergenza sanitaria collegata alla pandemia di COVID-19 è stata quella di introdurre un obbligo vaccinale circoscritto, quanto ai suoi destinatari, al personale sanitario e di interesse sanitario, operante nel settore pubblico ed in quello privato**[xix]**, e di rendere pertanto la vaccinazione «requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati»**[xx]**.

La giurisprudenza amministrativa che ha avuto modo di pronunciarsi su tale opzione legislativa ha messo in evidenza che la forma selettiva di obbligatorietà delineata nel sopra citato provvedimento normativo, se sicuramente risponde all'esigenza di protezione del personale medico e sanitario nei luoghi di lavoro, trova giustificazione altresì alla luce della chiara finalità di tutela, secondo il principio costituzionale di solidarietà, dei pazienti, e, soprattutto, di quei soggetti che, resi particolarmente fragili e vulnerabili dall'età o da gravi patologie, sono costretti a rivolgersi spesso alle cure e all'assistenza del personale sanitario e per i quali, pertanto, più frequenti sono le occasioni di contatto con questi lavoratori**[xxi]**.

La *ratio* della previsione, del resto, è esplicitata nello stesso testo di legge, in cui *apertis verbis* l'obbligo vaccinale gravante sugli operatori sanitari viene collegato al «fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza»**[xxii]**.

Proprio muovendo dalla considerazione della finalità perseguita dal legislatore, il Consiglio di Stato ha escluso il carattere discriminatorio della previsione *de qua*, ritenendo che l'imposizione dell'obbligo di vaccinazione nei confronti del solo personale sanitario trovi la propria primaria giustificazione, oltre che nel principio di solidarietà, in quello per il quale la sicurezza delle cure (da intendersi qui come affidamento che la persona bisognosa di assistenza sanitaria ripone nella non contagiosità di chi lo cura e, quindi, nella sicurezza del luogo di cura) rientra pienamente nella relazione di fiducia che si instaura tra paziente e medico e nel dovere di cura che su quest'ultimo incombe, divenendo, quindi, parte costitutiva del diritto alla salute costituzionalmente garantito**[xxiii]**.

L'approccio interpretativo appena riferito è recepito anche dalla pronuncia qui annotata, la quale ha ritenuto non irragionevole la diversificazione degli strumenti di contenimento della diffusione del virus operata dal legislatore prevedendo appunto la vaccinazione obbligatoria nei confronti esclusivamente degli esercenti le professioni sanitarie e statuendo per altre categorie di lavoratori il solo obbligo della c.d. certificazione verde vaccinale (con facoltà pertanto per l'interessato di scegliere se sottoporsi a vaccinazione o di effettuare il tampone per verificare la negatività al virus ed escludere la propria contagiosità); a siffatta conclusione l'organo giudicante è pervenuto proprio facendo leva sulla considerazione per cui, attesa la diversa funzione ed efficacia degli strumenti utilizzabili fra quelli messi a disposizione dalla scienza (prevalentemente diagnostiche nel caso del tampone, prevalentemente di prevenzione della malattia indotta dal virus nel caso della vaccinazione), l'imposizione agli operatori sanitari dell'obbligo vaccinale si ricollega alla «maggiore potenziale fragilità dei soggetti che accedono alle prestazioni sanitarie, la quale giustifica l'adozione a fini preventivi di misure ritenute maggiormente efficaci (anche se maggiormente invasive nei confronti delle libertà dell'operatore interessato)», nell'ottica della minimizzazione del rischio di trasmissione del virus nei luoghi di cura e assistenza.

Nella decisione in commento, peraltro, non si manca di rilevare come al trattamento differenziato riservato agli operatori sanitari rispetto ad altre categorie professionali le cui mansioni implicano ugualmente contatti interpersonali e, quindi, il rischio di diffusione del contagio (emblematico, in questo senso, il caso del personale scolastico) non sia estranea neppure una specifica «finalità protettiva nei confronti dello stesso operatore sanitario, la quale non può che essere maggiormente avvertita in un contesto lavorativo caratterizzato, a differenza di quello scolastico, da un maggior grado di esposizione al rischio infettivo, già in ragione della più intensa variabilità dell'utenza (rispetto a quella scolastica)»**[xxiv]**.

L'obbligatorietà della vaccinazione prevista dalla normativa coinvolta nel tema di causa è parsa inoltre alla stessa giurisprudenza amministrativa soddisfare pienamente il requisito della proporzionalità: le evidenze scientifiche e l'osservazione empirica dell'evoluzione della pandemia hanno in effetti ampiamente dimostrato il ruolo cruciale svolto dalla vaccinazione nell'arginare il propagarsi dell'infezione da Sars-CoV-2, di modo che il principio di proporzionalità, che vincola il legislatore a ricorrere, ove possibile, agli strumenti che meno incidono sulle libertà del singolo e configura pertanto, in una prospettiva di equilibrato bilanciamento fra valori contrapposti, l'imposizione dell'obbligo vaccinale quale *extrema ratio* ***[xxv]***, risulta rispettato proprio perché altre misure (distanziamento sociale, uso delle mascherine, ecc.) hanno fornito una risposta debole, o comunque non sufficientemente efficace

rispetto al medesimo obiettivo, rendendo necessaria la previsione dell'obbligatorietà vaccinale **[xxvi]**.

D'altronde, l'introduzione dell'obbligo vaccinale selettivo in funzione di limitazione della diffusione del contagio del nuovo coronavirus trova altresì spiegazione alla luce del contesto storico di riferimento entro il quale questa e simili decisioni prese dalle pubbliche autorità si inscrivono; contesto che appare segnato dall'insorgere, nel nostro come in altri paesi industriali avanzati dell'Occidente, di movimenti di protesta nei confronti delle misure di sanità pubblica adottate dai governi per far fronte al dilagare della pandemia di COVID-19.

Tali contestazioni sono portate avanti da rumorose e battagliere minoranze che, con argomentazioni spesso prive di qualsiasi fondamento scientifico, rivendicano, nella sostanza, una libertà individuale di autodeterminarsi con riferimento alla propria salute concepita come del tutto svincolata dalle istanze solidaristiche che connotano qualsiasi ordinamento democratico.

Simili movimenti, alla cui base si pone anche un atteggiamento di pervicace scetticismo nei confronti dei vaccini predisposti per prevenire il manifestarsi della malattia indotta dal virus respiratorio, alimentano inevitabilmente quel fenomeno già noto come "esitazione vaccinale", che, in quanto diffuso presso la popolazione generale, è suscettibile di avere un impatto fortemente negativo sulla campagna di immunizzazione di contrasto al diffondersi delle malattie epidemiche, e, in quanto riscontrabile anche all'interno della categoria professionale degli operatori sanitari, è passibile di compromettere altresì la sicurezza dei luoghi di cura.

In questa prospettiva, la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che, in ultima istanza, sia proprio il contesto emergenziale che fa da sfondo alle misure adottate dalla legislazione di contrasto della pandemia ad avere giustificato la prevalenza data dalla normativa in discorso alle ragioni di tutela della salute collettiva rispetto all'autonomia decisionale del singolo operatore sanitario con riguardo alla sfera della propria salute; infatti – ha argomentato il supremo consesso di giustizia amministrativa – la libertà di scelta in questo campo, pienamente garantita dall'ordinamento nelle situazioni ordinarie, si traduce per contro, in condizioni contrassegnate dall'emergenza, in un «rischio inaccettabile»**[xxvii]**, poiché il ritenere che essa possa essere incondizionatamente esercitata anche in queste evenienze, secondo una visione individualistica ed egoistica non giustificata sul terreno della scienza e che non può trovare spazio alcuno nelle fasi di emergenza**[xxviii]**, può concretizzarsi in condotte destinate fatalmente a favorire la trasmissione del virus, a danno dei soggetti più fragili (malati e anziani), proprio nei luoghi di cura e assistenza per opera del personale medico e infermieristico non

vaccinato.

Se, come si è appena detto, l'emergenza pandemica ha relegato il diritto di autodeterminazione terapeutica degli operatori sanitari in una posizione recessiva rispetto al preminente interesse alla salute pubblica (*sub specie* di protezione dei soggetti fragili nei luoghi ove essi ricevono le cure), esso non ha tuttavia inciso sul già richiamato limite dell'impossibilità di sacrificare a quest'ultimo le istanze di tutela della salute individuale, che vengono salvaguardate dalla normativa interessata dal tema di causa.

Il legislatore, infatti, come si è già ricordato quando si sono riportati sinteticamente i termini della questione esaminata dal Consiglio di Stato**[xxix]**, ha contemplato la possibilità per l'operatore sanitario di essere esonerato dall'adempimento dell'obbligo vaccinale al ricorrere di determinate condizioni; in particolare la legge consente l'omissione o il differimento della vaccinazione in presenza di un «accertato pericolo per la salute», correlato a «specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale»**[xxx]**.

Detta previsione, a ben vedere, riveste un ruolo centrale nell'ambito della normativa in discorso, in quanto si connette proprio all'esigenza, costituzionalmente imposta, di contemperare le ragioni di tutela della salute pubblica con quelle di protezione della salute del singolo individuo.

Il meccanismo delineato dal legislatore fa dipendere l'applicazione della clausola di esonero dalla documentazione di patologie del soggetto interessato tali da configurare una oggettiva incompatibilità con la somministrazione del siero vaccinale; spetta al medico di medicina generale desumere dalle condizioni cliniche da lui stesso attestate la sussistenza di un pericolo per la salute dell'operatore obbligato per legge a sottoporsi a vaccinazione e che presenta la certificazione di esenzione dall'obbligo; alle asl è demandato invece un potere di controllo su quest'ultima.

La questione della portata da ascrivere a tale potere – scrutinata nella sentenza in commento nei termini di cui si dirà a breve – ha una rilevanza essenziale rispetto alla definizione del grado di tutela assicurato alla salute collettiva, che, per quello che si è fin qui detto, costituisce la primaria ragion d'essere delle disposizioni in tema di vaccinazione obbligatoria selettiva dettate dal legislatore per contrastare la pandemia in atto; dal modo infatti in cui si ritenga di dover intendere il compito di verifica delle condizioni esoneratrici affidato all'amministrazione sanitaria, dipende la prevalenza delle ragioni della collettività ovvero di quelle del singolo nell'ambito dell'operazione di bilanciamento astrattamente effettuata dal legislatore.

Come si è accennato**[xxxi]**, nella controversia decisa dal Consiglio di Stato nella decisione qui annotata, i giudici dell'appello, andando dello stesso avviso rispetto al giudice di prime cure, hanno ritenuto correttamente esercitato da parte dell'asl competente il potere di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo di vaccinazione; per i giudici, infatti, il *modus procedendi* in concreto seguito dall'amministrazione, lungi dal configurarsi come una forma di controllo non consentita dalla legge sulla correttezza dell'operato dei medici certificatori (secondo la tesi sostenuta dall'appellante), si è risolto nell'adozione dell'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo a seguito della mera constatazione della non corrispondenza della certificazione al modello legale, e quindi della sua non idoneità a giustificare l'esonero dall'obbligo stesso.

La premessa da cui muove la Terza sezione dell'organo di vertice della giustizia amministrativa è che l'attività di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo demandata alle asl presuppone la possibilità per queste di verificare tutti gli elementi costitutivi della relativa fattispecie e che, conseguentemente, dal momento che quest'ultima non è integrata quando risultino sussistere le condizioni esoneratrici previste dalla legge e rappresentate dall'interessato, occorre che i poteri di verifica spettanti all'amministrazione sanitaria abbiano modo di esplicarsi, in termini di effettività, anche su di esse.

A questa esigenza si accompagna pertanto, nella lettura che i giudici di Palazzo Spada hanno dato della normativa in discorso, la necessità di una valutazione non meramente formale della sussistenza delle condizioni esoneratrici attestate nella certificazione medica; una valutazione, cioè, che non si esaurisca nella mera presa d'atto di quest'ultima (secondo quanto asserito invece dall'appellante nella sua deduzione), ma che, scevra dalla pretesa di sindacare nel merito il contenuto di ciò che viene attestato dai medici certificatori, permetta all'amministrazione sanitaria di appurare il ricorrere degli elementi costitutivi della fattispecie esoneratrice.

La soluzione interpretativa offerta dal *decisum* in esame, che nei termini appena riferiti ricostruisce i caratteri del potere di accertamento attribuito dalla legge alle asl, si fonda, a ben vedere, su un inquadramento della sequenza procedimentale inerente a tale verifica teso ad una piena valorizzazione, alla luce del dato normativo, del ruolo dell'amministrazione nell'attuazione dell'obbligo imposto al personale operante in ambito sanitario.

Infatti, affrontando la questione della portata dispositiva e, quindi, immediatamente pregiudizievole dell'atto di accertamento di mancata ottemperanza all'obbligo (tale da imporre la necessità della sua immediata impugnazione ove l'interessato ne lamenti l'erroneità), la pronuncia pone in evidenza la rispondenza della dinamica procedimentale complessivamente tratteggiata dal legislatore all'obiettivo di puntuale individuazione, all'interno delle categorie

professionali contemplate dalla normativa, dei soggetti effettivamente tenuti a sottoporsi a vaccinazione, in un'ottica di concretizzazione del relativo obbligo rientrante nel più ampio disegno normativo volto ad ascrivere alle asl, come affermano i giudici in un ulteriore successivo passaggio della sentenza, la «primaria responsabilità [...] in ordine alla efficacia del piano vaccinale».

Proprio sui presupposti sopra accennati, da cui il Consiglio di Stato muove nell'interpretare la disposizione sottesa alla controversia sottoposta al suo esame, si regge la linea di demarcazione dal medesimo consesso nettamente tracciata fra i compiti affidati ai diversi soggetti istituzionali che animano la sequenza procedimentale delineata dal d.l. n. 44/2021.

Il «contatto "diretto"» instaurato con i pazienti dai medici di medicina generale configura il controllo da essi esplicato come un necessario «"filtro" delle "istanze" di esonero»; con ciò i giudici della Terza sezione hanno inteso significare che le funzioni certificative attribuite al medico di medicina generale rispondono all'esigenza di assicurare un controllo di tipo tecnico sull'effettiva incompatibilità delle condizioni cliniche rappresentate dall'interessato con la somministrazione del siero vaccinale.

Il contatto «secondario ed indiretto» (in quanto mediato dalla certificazione medica) delle asl, nella lettura dei giudici, d'altro canto, non rende il controllo ad esse affidato una pleonastica duplicazione di quello spettante ai medici curanti, poiché dall'esercizio di tale potere di verifica dipende la constatazione della «rispondenza della certificazione alla finalità per la quale è prevista», vale a dire la dimostrazione della circostanza che la somministrazione vaccinale, in ragione delle documentate condizioni di salute del vaccinando, costituirebbe un pericolo per la sua salute.

Ne deriva che le modalità prescritte dalla legge per la certificazione (*id est*, appunto, la documentazione delle «specifiche condizioni cliniche» e l'accertamento del «pericolo per la salute») costituiscono quegli elementi della fattispecie esoneratrice la cui presenza vale a conferire alla certificazione stessa, per esprimersi con le parole dei giudici amministrativi, quell'«esaustività giustificativa» necessariamente funzionale al riscontro, da parte dell'amministrazione sanitaria, del ricorrere dei presupposti dell'esonero «secondo un parametro "minimo" di "attendibilità"».

In altre parole, secondo i giudici dell'appello, al carattere mediato ed indiretto della funzione di controllo attribuita alle asl non corrisponde un potere di verifica meramente formale della sussistenza dei presupposti alla base dell'esonero, poiché la stessa «pregnanza» (in termini

sostanziali e probatori) degli elementi costitutivi della fattispecie di esenzione indica univocamente che, nel disegno del legislatore, le attestazioni mediche di esonero, «oggetto diretto ed esclusivo» dell'attività di verifica della asl, debbano essere soggette ad un riscontro effettivo di attendibilità da parte dell'amministrazione sanitaria.

Sulla base di tali motivazioni, il Consiglio di Stato, per un verso, facendo proprio l'argomento già espresso in tal senso dalla pronuncia resa in primo grado, ha ritenuto la circostanza addotta nelle due certificazione oggetto della controversia, cioè l'esclusione delle patologie non specificate né documentate dal novero di quelle sottoposte alla sperimentazione condotta dalle case farmaceutiche produttrici dei vaccini anti-COVID, non valevole ad integrare il requisito dell'«accertato pericolo per la salute», collegato invece dalla legge alla sussistenza di «condizioni cliniche documentate ed attestate»**[xxxii]**; per altro verso ha sconfessato la tesi, sostenuta dall'appellante, per la quale la documentazione comprovante le specifiche condizioni cliniche deve essere prodotta esclusivamente al medico certificatore e non anche alla asl; per altro verso ancora ha escluso che le istanze di tutela della riservatezza dell'interessato valgano ad inibire la produzione di un certificato di esenzione con l'indicazione delle patologie da cui dovrebbe desumersi l'incompatibilità della somministrazione vaccinale con lo stato di salute dell'interessato e con il supporto dalla relativa documentazione, come per contro sostenuto nell'atto di appello, nel quale si invocava l'applicazione analogica della circolare del Ministero della salute sulle modalità di redazione dell'attestazione di esenzione dall'obbligo vaccinale valida a dispensare dall'applicazione delle disposizioni relative al possesso della certificazione verde COVID-19**[xxxiii]**.

4. Brevi considerazioni conclusive

Il *decisum* in commento si pone perfettamente in linea con la finalità di tutela dell'interesse alla salute collettiva sottesa alla normativa che prevede l'obbligo di vaccinazione selettiva; il principio di diritto posto dal Consiglio di Stato, infatti, è volto a valorizzare il potere di accertamento demandato all'amministrazione sanitaria in ordine alla sussistenza o meno dell'obbligo vaccinale, evidenziando come i requisiti tipizzati dalla legge per l'integrazione della fattispecie esoneratrice siano funzionali alla possibilità per la stessa amministrazione di esercitare un controllo sostanziale sull'attendibilità dell'attestazione medica dell'elemento cardine ai fini del riconoscimento dell'esonero dall'obbligo: il pericolo per la salute del vaccinando, che deve potersi evincere dalla documentazione delle condizioni cliniche oggetto di

attestazione.

Al contempo, statuendo simile principio, i supremi giudici amministrativi hanno posto bene in luce che la conoscibilità, da parte dell'asl competente all'accertamento, della motivazione diagnostica alla base dell'addotta certificazione, ferma rimanendo l'insindacabilità nel merito di quanto attestato dal medico in ordine alla sussistenza di tale pericolo, costituisce la condizione indispensabile per scongiurare il rischio che il potere di decidere in materia si concentri esclusivamente in capo ai medici di medicina generale, riducendo i compiti attribuiti alle asl a mere formalità destinate solo ad aggravare la sequenza procedimentale delineata dal legislatore.

All'impostazione ermeneutica adottata dalla sentenza, presumibilmente, non è estranea neppure una logica volta alla prevenzione dei possibili abusi dello strumento della certificazione, che trovano terreno fertile nel richiamato attuale contesto storico segnato dall'affermarsi di forme di opposizione alla campagna di vaccinazione, che a loro volta favoriscono, anche all'interno della categoria professionale destinataria dell'obbligo in discorso, il fenomeno della c.d. esitazione vaccinale.

Sono, insomma, le ragioni della salute pubblica, risultate prevalenti, nel bilanciamento operato dal legislatore, con i contrapposti interessi attinenti alla riservatezza**[xxxiv]** e all'autodeterminazione individuale del singolo operatore sanitario, nel quadro, tuttavia, di un ragionevole contemperamento realizzato con le istanze di tutela della salute individuale, a rendere non ammissibile una certificazione "in bianco", che si limiti cioè – come si esprimono i giudici nella pronuncia *de qua* -, a dichiarare «*ab externo*» le condizioni giustificative dell'esonero, con la pretesa di considerarle dimostrate, in ossequio alle ragioni della *privacy*, senza renderle note all'amministrazione e in assenza di qualsiasi documentazione comprovante la loro sussistenza.

L'orientamento espresso dai giudici della Terza sezione, tuttavia, deve essere riconsiderato alla luce delle modificazioni apportate al d.l. n. 44 dal già richiamato d.l. n. 172/2021.

Fra le novità introdotte da quest'ultimo provvedimento**[xxxv]**, particolarmente rilevante, ai fini del nostro discorso, è quella relativa alle modalità prescritte per la redazione della certificazione di esonero, che segnalano una maggiore attenzione riservata dal legislatore della novella alle esigenze di tutela di riservatezza dei vaccinandi.

Sotto questo profilo, la normativa novellata appare espressione di un bilanciamento diverso e, per così dire, specularmente rovesciato rispetto a quello che ha animato la logica sottesa all'impianto originario del d.l. n. 44.

Infatti, il testo attualmente vigente impone che l'attestazione da parte del medico di medicina generale delle «specifiche condizioni cliniche documentate» debba avvenire «nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2» **[xxxvi]**; dal momento che fra i criteri definiti da tali circolari figura quello per il quale «i certificati non possono contenere altri dati sensibili del soggetto interessato», e che fra questi dati viene richiamato espressamente, seppur a titolo esemplificativo, la «motivazione clinica della esenzione»**[xxxvii]**, ne deriva che il rinvio della normativa modificata alle modalità di redazione indicate nelle circolari rende ora ammissibile ciò che, come ben chiarito dal Consiglio di Stato della decisione annotata, non era invece consentito alla luce della previgente normativa: riceve cioè legittimazione la produzione di una certificazione rispetto alla quale l'attestazione generica dell'incompatibilità dello stato di salute del vaccinando con la somministrazione del siero, priva del riferimento alle «specifiche condizioni cliniche attestate» e non accompagnata dalla idonea documentazione, sembra essere non solo ammessa, ma addirittura l'unica modalità di redazione consentita dalla legge.

Invero, l'esito del differente bilanciamento effettuato dal legislatore con la normativa così modificata pare a chi scrive contraddistinguersi per l'indebolimento arrecato alle ragioni di tutela della salute pubblica, posto che alle esigenze di garanzia della riservatezza degli operatori sanitari gravati dall'obbligo vaccinale viene attribuito un peso di gran lunga maggiore rispetto a quello che esse avevano nell'originario disegno normativo e tale da determinare uno spostamento del baricentro dell'intera disciplina, concepita appunto inizialmente in funzione di una tutela rafforzata della salute della collettività, verso istanze rispetto a quest'ultima antagoniste.

Se così è, risulta allora facilmente comprensibile come l'inversione di tendenza del legislatore comporti una parziale ma significativa compromissione della portata del potere ascritto all'amministrazione sanitaria in tema di accertamento della sussistenza dell'obbligo vaccinale.

Nel regime previgente l'amministrazione disponeva, nell'esercizio di detto potere, di un certo margine di apprezzamento della certificazione medica rilasciata, proprio in forza del suo carattere circostanziato e documentato richiesto dal modello legale, che rendeva possibile effettuare un minimo riscontro, in termini di attendibilità, in ordine alla deduzione, da parte del medico, del pericolo per la salute dalle condizioni patologiche specificamente attestate e documentate**[xxxviii]**.

La disciplina ora in vigore, che impone, per ragioni di tutela della sfera di riservatezza dell'interessato, l'omissione della motivazione diagnostica alla base dell'addotta esenzione, rende

per contro l'attività di valutazione in questione prettamente formale, atteso che il potere di verifica spettante alle asl, esplicandosi su una certificazione "in bianco", si svuota di contenuto; *rebus sic stantibus*, salvo interpretazioni correttive della giurisprudenza, rimane impregiudicata per l'amministrazione soltanto la possibilità di sindacare l'attestazione medica sotto un profilo formale, riducendosi le ipotesi di accertamento della mancata integrazione della fattispecie esoneratrice a casi di scuola, quale può essere quello dell'attestazione priva della sottoscrizione del medico certificatore.

In definitiva, la disciplina attuale, così concepita, pone le premesse per la concretizzazione del rischio di rimettere l'intero potere decisionale sulla (in)sussistenza dell'obbligo vaccinale ai medici di medicina generale, estromettendone invece dall'esercizio le asl, titolari del potere di accertamento dell'obbligo vaccinale; rischio che, come si è detto, la pronuncia del Consiglio di Stato oggetto di questa nota, ponendo il principio di diritto che si è illustrato, ha ritenuto, alla luce della previgente normativa, doversi assolutamente scongiurare.

Invero, il modo in cui il legislatore ha scelto di dare tutela alle istanze relative alla *privacy* nella normativa novellata appare il frutto di un bilanciamento con la garanzia della salute pubblica alquanto discutibile sotto il profilo della ragionevolezza, soprattutto in considerazione del depotenziamento del ruolo dell'amministrazione sanitaria nell'attuazione dell'obbligo vaccinale indotto dalla nuova disciplina; ruolo che, ben presente nel disegno normativo originario, è stato oggetto, come si è visto, di opportuna valorizzazione nella sentenza in discorso.

A ben vedere, l'impossibilità per le asl di conoscere il tipo di patologia da cui il medico curante desumerebbe il pericolo per la salute individuale, unitamente alla non accessibilità da parte delle medesime alla documentazione comprovante lo stato di salute del soggetto interessato, produce due risultati degni di nota ma tutt'altro che auspicabili: da un lato il medico di medicina generale finisce inopinatamente per rivestire i panni di una sorta di "garante" della *privacy*dell'operatore sanitario rispetto al quale rilascia la certificazione di esenzione, in virtù della conoscenza esclusiva che egli ha delle sue condizioni cliniche e della relativa documentazione; dall'altro, un sistema così congegnato favorisce il consolidarsi di un sistema opaco, o, quanto meno, poco trasparente, in cui il ruolo del medico di medicina generale tende a ridursi a quello di un "certificatore seriale", cioè di un produttore in serie di attestazioni di esonero dall'obbligo vaccinale, a cui non necessariamente però corrisponde uno stato di salute tale da giustificare l'esonero stesso, e in cui può agevolmente abusarsi dello strumento della certificazione di esenzione, posto che senza l'indicazione della motivazione diagnostica essa si trasforma nell'attestazione di una condizione (il pericolo per la salute), non più accertata, come vorrebbe la

legge, ma la cui sussistenza è presunta *iuris et de iure* e della quale l'asl deve pertanto limitarsi a prendere atto.

Pare dunque lecito porsi il dubbio se la pur giusta esigenza di preservare il valore, costituzionalmente garantito, della riservatezza valga a giustificare un sacrificio così rimarchevole delle contrapposte ragioni di tutela della pubblica salute.

In uno scenario – qual è quello attuale – contraddistinto da tenaci, seppur minoritarie, forme (spesso irrazionali) di resistenza alla vaccinazione di massa, sarebbe infatti opportuno che il legislatore favorisse la creazione di meccanismi volti a contrastare tale fenomeno; in questa direzione si era orientato il d.l. n. 44 nella sua originaria impostazione, prevedendo un controllo effettivo delle asl sull'operato dei medici di medicina generale, tale da consentire all'amministrazione di cooperare efficacemente allo svolgimento ed al buon funzionamento della campagna vaccinale in corso.

La nuova disciplina, che rende di fatto già superato l'importante principio di diritto statuito dal *decisum* in commento, rischia viceversa di favorire un impiego distorto del diritto alla *privacy*, poiché questo può essere invocato strumentalmente ogniqualvolta il singolo intenda far prevalere il proprio diritto all'autodeterminazione sulle ragioni solidaristiche connesse alla tutela della salute collettiva e che giustificano l'imposizione dell'obbligo vaccinale.

Ciò però conduce ad assecondare la logica, rigettata fermamente dalla stessa Consulta, dei c.d. "diritti tiranni"**[xxxix]**: la libertà individuale di autodeterminarsi con riferimento alla propria salute viene infatti elevata a situazione giuridica soggettiva che, lungi dal confrontarsi con diritti di pari rango nell'ambito di un doveroso bilanciamento, si pone come monade isolata e irrelata, e, in tal guisa, si esprime una visione dell'ordinamento non certo in linea con lo spirito solidaristico che anima la Carta costituzionale repubblicana**[xl]**.

---

[i] La disciplina normativa a cui si fa riferimento nel testo è quella di cui all'a**rt. 4 del d.l. 1 aprile 2021, n. 44** (recante, fra l'altro, «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2»), conv. in l. 28 maggio 2021, n. 76, nel testo

previgente alle innovazioni apportate dall'**art. 1, co. 1, lett. b), del d.l. 26 novembre 2021, n. 172**, non ancora convertito in legge.

[ii] *Ex* art. 4, co. 6, d.l. n. 44/2021 cit., ante modifiche arrecate dal d.l. n. 172/2021 cit.

[iii] La pronuncia maggiormente emblematica di tale *modus opinandi* è Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Dir. Giust.*, 2021, 21 ottobree in *Guida al dir.*, 2021, 42, che ha avuto origine dal ricorso di alcuni esercenti professioni sanitarie della regione Friuli Venezia Giulia, non ancora sottoposti alla vaccinazione obbligatoria, contro i provvedimenti dell'asl che hanno sanzionato l'inosservanza dell'obbligo vaccinale; in termini cfr. anche Cons. St., sez. III, 2 dicembre 2021, n. 6401, in *Dir. Giust.*, 2021, 10 dicembre, sempre in tema di sospensione dal servizio del medico che rifiuti di sottoporsi alla vaccinazione anti-COVID; sono riconducibili al medesimo orientamento anche TAR Lazio-Roma, sez. III, 17 dicembre 2021, n. 7394, in *Dir. Giust.*, 2021, 21 dicembre, in tema di sospensione dal servizio dei docenti non vaccinati, e TAR Lazio-Roma, sez. III, 2 settembre 2021, n. 4531, in *Guida al dir*., 2021, 35, che si è pronunciata sui provvedimenti adottati dal Ministero dell'istruzione disciplinanti la certificazione obbligatoria anti-COVID del personale scolastico – rispetto ai quali alcuni docenti avevano presentato istanza di sospensione -, confermando la validità della normativa che prevede l'automatica sospensione dal lavoro e dalla retribuzione da parte del personale sprovvisto della c.d. certificazione verde vaccinale.

[iv] Sulla proiezione solidaristica del diritto alla salute nella normativa di contrasto al COVID-19 e sulla difficoltà di contemperarla con altri interesse di pregio costituzionale, si veda M. Noccelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020. Va osservato in proposito che la dimensione collettiva del diritto garantito dall'art. 32 Cost., rimasta sullo sfondo e, in un certo senso, messa in ombra dal ruolo assolutamente preponderante assunto, nel dibattito giuridico e politico, dai temi attinenti alla garanzia della salute individuale, ha riconquistato prepotentemente il centro della scena proprio con l'emergenza epidemiologica derivante dalla diffusione del nuovo coronavirus. Gli

aspetti legati a tale dimensione sono emersi in tutta la loro drammatica attualità ed urgenza, amplificati ed esasperati nel contesto dell'epocale passaggio storico segnato dalla pandemia; infatti, il "diritto dell'emergenza" nato per gestire la crisi sanitaria ha posto una serie di problemi legati, oltre che alle rilevanti limitazioni di cui si fa cenno nel testo, e cioè a quelle imposte al singolo nell'esercizio di diritti e libertà costituzionalmente garantiti (per le quali si rinvia alla lettura di L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020), anche alle ipotesi di conflittualità venutesi a determinare fra tutela della salute collettiva e tutela della salute individuale, intesa, quest'ultima, tanto come diritto a ricevere cure, quanto come libertà di cura. Proprio su quest'ultimo profilo, e cioè sul bilanciamento operato dal legislatore fra diritto all'autodeterminazione con riguardo alla propria salute e interesse alla salute pubblica si pronunciano le decisioni menzionate nella nota precedente e quella oggetto di questo commento.

[v] Da ultimo in Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5 (est. Cartabia), in *Giur. cost*., 2018, 1, 38 ss. (con nota di C. Pinelli, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, 101 ss.; L. Principato, *La parabola dell'indennizzo dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, 374 ss.; A. Proto Pisani, *Brevi note su Costituzione tutela effettiva del cittadino nei confronti della p.a. e errori della c.d. dottrina*, 443 ss.; V. Ciaccio, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 5 del 2018*, 451 ss.), che contiene rilevantissime precisazioni sui trattamenti vaccinali imposti per legge.

[vi] In dottrina è largamente prevalente l'opinione che la riserva di legge in questione abbia carattere relativo: v., per tutti, M. Luciani, voce *Salute, I) Diritto alla salute – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma, 1993, 11.

[vii] Il limite del rispetto della persona deve intendersi riferito tanto al rispetto della sua dignità quanto a quello della sua integrità psico-fisica; sul punto, si veda, *ex multis*, Corte cost. 26 giugno

2002, n. 282 (est. Onida), in *Giur. cost*., 2002, 2, 2012 ss. (con nota di A. D'Atena, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*; D. Morana, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*), in tema di appropriatezza delle scelte terapeutiche e discrezionalità legislativa: «La pratica terapeutica si pone [...] all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, comma 2, secondo periodo, Cost. pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica».

[viii] Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307 (est. Corasaniti), in *Giur. cost*., 1990, 6, 1874 s. (con nota di F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e «responsabilità» dello Stato*): «Da ciò [dal disposto dell'art. 32 Cost., *n.d.r.*] si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale».

[ix] Sulla necessaria convergenza fra interesse individuale e interesse collettivo alla salute, che esclude qualsiasi funzionalizzazione del primo al secondo, si veda, in dottrina, B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 131 s.

[x] Corte cost. n. 307/1990, cit.: «[Dal disposto dell'art. 32 Cost., *n.d.r.*] si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione 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. Con riferimento, invece, all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica – il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri».

[xi] Il principio è stato posto dal Giudice delle leggi con l'importante citata sentenza additiva n. 307/1990, resa in tema di indennizzo per danni collegati alle vaccinazioni obbligatorie: «Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute [come "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività", *n.d.r.*] – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario – implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito»; nello stesso senso si veda anche Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Foro it.*, 1995, I, 1451 ss.

[xii] Che ai fini della legittimità costituzionale della previsione legislativa del trattamento sanitario obbligatorio non basti la sua funzionalità rispetto ad un interesse pubblico purchessia, richiedendosi al contrario la sussistenza di uno specifico interesse pubblico attinente alla salute collettiva, è principio largamente condiviso tanto in giurisprudenza quanto in dottrina. Non è un caso, sotto questo profilo, che Corte cost. 9 luglio 1996, n. 238, in *Giur. cost*., 1996, 4, 2142 (con nota di A. Nappi, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*; M. Ruotolo, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale.*

Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori), abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, co. 2, c.p.p. nella parte in cui prevedeva la possibilità per il giudice delle indagini preliminari di disporre coattivamente – in sede di incidente probatorio per l'esecuzione di perizia ematologica – il prelievo ematico nei confronti tanto dell'indagato quanto di terzi; la previsione oggetto della declaratoria di incostituzionalità, infatti, contemplava un'ipotesi di accertamento invasivo della «sfera corporale della persona» (*test* del DNA) senza il consenso dell'interessato «per fini di acquisizione probatoria nel processo penale», dunque per fini non sanitari. In dottrina si veda M. Luciani, voce *Salute*, cit., 11; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 189; L. Carlassare, *Dignità della persona e libertà di cura*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli, 2001, 571 s.: «Un trattamento sanitario [...] può essere imposto soltanto quando sia *direttamente* in gioco l'interesse collettivo: per prevenire o fermare malattie contagiose che provocano un *diretto* danno sociale. Solo la tutela degli altri può consentire trattamenti imposti limitando la libertà individuale. Ma l'interesse della collettività dev'essere anche *attuale.* In nome di un possibile danno o interesse *futuro* della collettività si potrebbe altrimenti arrivare ad esiti finali che sgomentano, la selezione degli individui, ad esempio, secondo la pratica nazista»; ritiene che l'interesse della collettività a cui si riferisce l'art. 32, co. 1 Cost. vada interpretato come «limite esterno» rispetto al diritto individuale alla salute, cioè come «barriera che ne circoscrive l'ampiezza senza tuttavia condizionarne il godimento», D. Morana, *op. ult. cit*., 163 (v. anche Id., *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, II ed., Torino, 2015, 39).

[xiii] Corte cost. 2 giugno 1994, n. 218, in *Giur. cost*., 1994, 3, 1812 ss.: «La tutela della salute [...] implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o

prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari»; si veda anche Corte cost. 27 marzo 1992, n. 132, *ivi*, 1992, 2, 1108 ss.; Corte cost. 20 dicembre 1996, n. 399, in *Foro it*., 1997, I, 3124; Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 268, in *Giur. cost.*, 2017, 6, 2913 ss.. Sul tema del contemperamento fra la dimensione individuale e quella collettiva del diritto alla salute nella disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori, si veda C. Colapietro, *La valutazione costi-benefici nei trattamenti sanitari obbligatori: il bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli della collettività*, in *NOMOS – Le attualità nel diritto*, 1997, 3, 57 ss.

[xiv] Così D. Morana, *La salute come diritto*, cit., 38 s.: «quanto appena detto sulla natura individualistica della libertà di salute non si pone in alcun modo in contrasto con la prescrizione costituzionale che, nella medesima formulazione dell'art. 32, tutela la salute stessa anche come "interesse della collettività". È sufficiente la lettura della disposizione, infatti, per comprendere come l'"interesse della collettività" alla salute non venga affatto qualificato dalla Costituzione come scopo in vista del quale si riconosce il diritto alla salute dell'individuo. Il riferimento all'interesse della collettività alla salute, insomma, non vale a finalizzare ad esso, rendendolo funzionale, il diritto individuale, ma rappresenta esclusivamente un "contenimento esterno" per quest'ultimo. Detto altrimenti, la libertà di salute non viene attribuita al singolo *in ragione* dell'interesse collettivo alla salute; ben diversamente, essa viene configurata in modo tale che il suo godimento *non pregiudichi* il corrispondente interesse della collettività. In tal senso, dunque, quest'ultimo non si configura come ragion d'essere della libertà, ma soltanto come limite esterno alle concrete forme di godimento di essa che il soggetto titolare deciderà di mettere in atto».

[xv] Così, da ultimo, Corte cost. n. 5/2018, cit.; v. anche Tar Lazio-Roma, sez. III, 2 ottobre 2020, n. 10047, in *Foro amm.*, 2020, 10, 1917 ss., che precisa che l'operazione di bilanciamento fra i vari interessi coinvolti nel tema delle vaccinazioni spetta al legislatore statale, con esclusione pertanto della potestà legislativa delle regioni, che non possono pertanto neanche introdurre previsioni più rigorose, volte cioè ad ampliare l'ambito oggettivo e soggettivo dell'obbligatorietà vaccinale.

[xvi] Si veda in proposito L. Carlassare, *Dignità della persona*, cit., 571. Nella manualistica si veda, per tutti, C. Colapietro, *I diritti sociali*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, IV ed., Torino, 2019, 700: «Il 2° comma dell'art. 32 Cost. introduce il tema dei trattamenti sanitari obbligatori [...], da considerarsi l'eccezione rispetto al principio generale, solennemente proclamato nella prima parte di questa stessa disposizione, della libertà dell'individuo da qualsiasi trattamento sanitario non imposto da legge conforme a Costituzione». Sulla funzione svolta dai limiti e dalle garanzie previste in Costituzione per i trattamenti obbligatori, si veda inoltre R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, II ed., Torino, 2020, 77 s.: «la salute come problema collettivo è sì allocato (anche) nella dimensione pubblicistica dell'ordine pubblico interno, soprattutto pensando alla materia delle vaccinazioni obbligatorie preordinate ad impedire l'insorgenza di determinate forme di morbilità, ma nel quadro di regole e di principi di garanzia idonei a controbilanciare i pur manifesti frammenti e momenti di regolazione autoritativa. La norma costituzionale è, infatti, di particolare rigore: non solo perché sottopone al limite invalicabile della riserva di legge, pur diversamente graduato, la liceità e la legittimità di ogni trattamento sanitario obbligatorio, ma anche perché, in sintonia con il principio personalistico di cui all'art. 2 Cost., pone inequivocabilmente, come vincolo per ogni futura determinazione del legislatore, il rispetto della persona umana».

[xvii] M. Mazziotti di Celso e G.M. Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, VII ed., Padova, 2018, 259: «Questi principi ["la riserva rafforzata, sebbene relativa, di legge" ricollegabile alla necessità di rispettare "i limiti imposti dal rispetto della persona umana", *n.d.r.*] e il modo stesso come la norma [l'art. 32, co. 2, Cost., *n.d.r.*] è formulata, dimostrano la volontà del legislatore di favorire la volontarietà dei trattamenti (cfr. art. 1 della legge 180/78) ed in genere la partecipazione del soggetto alla misura preventiva e alla cura; da essa deriva poi un limite preciso alla imposizione di trattamenti obbligatori, cioè che sia in gioco non solo l'interesse del malato, ma quello della collettività. Non esistendo, almeno secondo l'opinione dominante, un dovere di tutelare la propria salute, l'obbligatorietà dei trattamenti è ammissibile solo quando è in gioco, oltre che l'interesse individuale, anche quello collettivo alla salute».

[xviii] Così ancora Corte cost. n. 5/2018 cit., con cui i giudici della Consulta, pronunciandosi sul ricorso in via principale presentato dalla regione Veneto avverso le disposizioni del d.l. 7 giugno 2017, n. 73, recante «Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale», hanno giudicato «non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche» il provvedimento legislativo censurato nel ricorso e volto a «rafforzare la cogenza degli strumenti della profilassi vaccinale» (confermando l'obbligatorietà per i minori fino a sedici anni di età di alcune vaccinazioni e introducendola per altre prima solo oggetto di raccomandazione) a fronte di «una situazione in cui lo strumento della persuasione appariva carente sul piano della efficacia»; nella decisione in questione si è sottolineato altresì come le scelte adottate in tema di vaccinazione siano strettamente collegate al contesto e ai dati offerti dalla comunità scientifica, così che le determinazioni legislative, con l'evolversi delle conoscenze in campo sanitario e con il mutare delle condizioni epidemiologiche, possono essere oggetto di rivalutazione, come dimostra la stessa normativa scrutinata dalla Corte con l'introduzione, in sede di conversione del decreto legge, di «un sistema di monitoraggio periodico che può sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini», secondo un meccanismo di «flessibilizzazione della normativa da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate». Peraltro, il passaggio da un regime all'altro (da quello della raccomandazione a quello dell'obbligo e viceversa) non deve suonare né strano né inconsueto se si muove dalla premessa, ben evidenziata dalla Corte nella citata pronuncia, per la quale «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», atteso che «In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze [...]».

[xix] A mente del testo previgente dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 44 cit. sono ricompresi nel personale sanitario «gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private,

nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali»

[xx] La disposizione, contenuta nel testo previgente dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 44 cit., è rimasta immutata nel testo attualmente in vigore.

[xxi] Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit.

[xxii] L'esplicitazione della finalità sottesa alla normativa è identica, nella sua formulazione, nel testo previgente dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 44/2021 e nel testo attualmente in vigore. Come viene rilevato anche in Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit., la *ratio* della previsione si evince in maniera chiara anche dalla conseguenza che dal testo previgente del d.l. n. 44 cit. veniva fatta discendere dall'inosservanza dell'obbligo vaccinale: il comma 6 dell'art. 4 prevedeva infatti che «L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione del diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2»; la finalità perseguita dal legislatore è ricavabile anche dall'attuale formulazione del testo di legge, che statuisce che «L'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale [...] determina l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie» (art. 4, co. 4, d.l. n. 44 cit., come modificato dal d.l. n. 172/2021, cit.) e prevede l'assegnazione a mansioni diverse, che non implichino il rischio di diffusione del contagio, senza decurtazione della retribuzione, nei confronti solo dei soggetti esentati dall'obbligo vaccinale (art. 4, co. 7); su tale aspetto v. *infra*, nt. 35.

[xxiii] Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit.

[xxiv] Appare significativo, sotto il profilo considerato nel testo, che sia in Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit., che nella pronuncia qui commentata si sia deciso di non rimettere alla Consulta, ritenendola manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale sollevata, nel giudizio instauratosi innanzi al giudice amministrativo, con riferimento alla previsione legislativa dell'obbligo vaccinale nei confronti del personale sanitario, per il suo supposto contrasto rispetto al parametro costituzionale di eguaglianza.

[xxv] Che il trattamento sanitario previsto dalla legge come obbligatorio debba risultare proporzionato alla luce di dati scientifici chiari e ampiamente accettati dalla comunità scientifica, costituisce *ius receptum*, essendo oramai generalmente riconosciuto nella giurisprudenza della Consulta; si veda, in questo senso, da ultimo, Corte cost. n. 5/2018, cit.

[xxvi] Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit. Il tema della proporzionalità della disciplina impositiva dell'obbligo vaccinale è richiamato da ultimo da Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ord. 17 gennaio 2022, n. 38, in *Giustizia-amministrativa.it*; in tale pronuncia, nella quale peraltro si prospetta come ipotizzabile la rimessione alla Corte costituzionale di alcune questioni di legittimità costituzionale, ritenute rilevanti e non manifestamente infondate, sollevate dal ricorrente con riferimento all'obbligo vaccinale e si dispone istruttoria al riguardo, si rileva che l'evoluzione della situazione sanitaria in corso, contraddistinta dalla diffusione di nuove varianti del virus, ponga il problema di esaminare l'opportunità, sotto il profilo appunto del rispetto del principio di proporzionalità, di una possibile futura previsione legislativa che prescriva come obbligatorie «ripetute somministrazioni nell'anno per periodi di tempo indeterminati».

[xxvii] Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit.

[xxviii] «Nel bilanciamento tra i due valori, quello dell'autodeterminazione individuale e quello della tutela della salute pubblica, compiuto dal legislatore con la previsione dell'obbligo vaccinale nei confronti del solo personale sanitario, non vi è dunque legittimo spazio né diritto di cittadinanza in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV 2 per la c.d. esitazione vaccinale» (sent. ult. cit.).

[xxix] V. *supra*, par. 2.

[xxx] La disposizione, contenuta nel testo previgente dell'art. 4, co. 2, d.l. n. 44 cit., è rimasta immutata nel testo attualmente in vigore, che tuttavia, come si dice più avanti nel testo (v. *infra*, par. 4), aggiunge l'inciso, particolarmente rilevante per l'effetto che ne scaturisce e che verrà esaminato, per il quale l'attestazione da parte del medico di medicina generale delle «specifiche

condizioni cliniche documentate» deve avvenire «nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2»

[xxxi] V. *supra*, par. 2.

[xxxii] Nella certificazione trasmessa alla asl, veniva invocata l'applicazione del principio di precauzione in materia sanitaria, facendo leva sull'affermazione del carattere condizionato dell'approvazione dei vaccini anti-COVID; la tesi della natura sperimentale dei vaccini anti-COVID è confutata da Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit., sulla base della considerazione che essi stati approvati a seguito di un rigoroso processo di validazione scientifica e di sperimentazione clinica; sul peculiare modo di atteggiarsi del principio di precauzione nelle fasi di emergenza sanitaria, sempre con particolare riferimento al tema dei trattamenti vaccinali obbligatori per gli esercenti professioni sanitarie, si veda ancora sent. ult. cit., che ne mette in evidenza il funzionamento in termini invertiti rispetto ai tempi ordinari, derivante, a ben vedere, dal suo combinarsi col principio solidaristico in funzione di tutela dei soggetti più vulnerabili: «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 – va ribadito – tutte 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 nocumento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco».

[xxxiii] Secondo quanto previsto dal d.l. 22 aprile 2021, n. 52, conv. in l. 17 giugno 2021, n. 87, che statuisce che le disposizioni del comma 1 non si applicano ai soggetti esentati dalla somministrazione del vaccino «sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i

criteri definiti con circolare del Ministero della salute» (v. artt. 9-*bis*, co. 3; 9-*ter*, co. 3; 9-*ter*.1, co. 2; 9-*ter*.2, co. 2; 9-*quater*, co. 2; 9-*quinquies*, co. 3; 9-*sexies*, co. 7; 9-*septies*, co. 3).

[xxxiv] Che nel bilanciamento effettuato dal legislatore fra interessi antagonisti le ragioni di tutela della salute pubblica siano prevalenti rispetto a quelle della *privacy* dei soggetti interessati è sottolineato dal giudice adito in primo grado (v. *supra*, par. 2).

[xxxv] Nell'ambito delle modifiche recate dal d.l. n. 172 cit., degna di nota, oltre a quella di cui ci si occupa nel testo, è l'attribuzione del potere di adottare l'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale all'Ordine professionale competente, anziché, come nella previgente disciplina, all'asl (art. 4, co. 4, d.l. n. 44 cit., nel testo modificato dal citato d.l. n. 172), nonché il già richiamato effetto (v. *supra*, nt. 22), prodotto da tale atto (la cui natura viene qualificata come «dichiarativa» e «non disciplinare»), di «immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie» – art. 4, co. 4, cit. -, (che sostituisce l'effetto, previsto nel regime anteriore, di sospensione dal solo diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano il rischio di diffusione del contagio), mentre l'adibizione a mansioni anche diverse, che non implichino il rischio di diffusione del contagio, senza decurtazione della retribuzione, è prevista ai sensi del vigente co. 7 nei confronti solo dei soggetti esentati dall'obbligo vaccinale.

[xxxvi] Art. 4, co. 2, d.l. n. 44/2021 cit.

[xxxvii] Circolare del Ministero della salute del 4 agosto 2021.

[xxxviii] Appare significativa, in questo senso, la prassi, instauratasi presso alcune asl nella vigenza del testo originario del d.l. n. 44 cit., di istituire commissioni interne, composte da tecnici incaricati di valutare le certificazioni presentate.

[xxxix] Molto rilevante in tema è la pronuncia del 2013 resa dal Giudice delle leggi sulla vicenda Ilva (Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85 (est. Silvestri), in *Giur. cost.*, 2013, 3, 1424 ss., con nota di V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e*

giurisdizione per la tutela dell'ambiente; D. Pulitanò, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*; G. Sereno, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*): essa ha escluso in radice che il diritto alla salute possa farsi «"tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette», in quanto ciò si porrebbe in insanabile contrasto con il pluralismo che informa la Carta repubblicana, fondata, al pari delle costituzioni che reggono gli ordinamenti di altre democrazie contemporanee, sull'«integrazione reciproca» dei diritti fondamentali.

[xl] In termini Cons. St., sez. III, n. 7045/2021, cit., che richiama l'orientamento espresso dalla sopra citata sentenza della Consulta sul caso Ilva per il quale «tutti i diritti tutelati dalla Costituzione – anche quello all'autodeterminazione – si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».