

**L'EMERGENZA SANITARIA: TRA STATO DI ECCEZIONE,  
TRASFORMAZIONE DELLA COSTITUZIONE E GARANZIE DEL  
PLURALISMO DEMOCRATICO.**

*Aspetti problematici (e poco convincenti...) della più recente giurisprudenza  
costituzionale.*

di

Vincenzo Baldini\*

1. Il complesso dell'intera esperienza giuridica connessa alla pandemia da Covid-19, anche nella sua peculiarità sostanziale, ha aperto, sul piano costituzionale, un orizzonte problematico nel quale possono collocarsi diverse questioni di fondo, dalla mancanza di una specifica disciplina dell'emergenza costituzionale a quella della estrema modularità del rapporto tra azione politica e tutela dei diritti, fino alla questione del ruolo assegnato alla scienza ai fini dell'orientamento della decisione politica tradotta, poi, in diritto positivo della legge.

In quest'orizzonte, che forse potrebbe essere ricompreso in sintesi sotto il titolo di "emergenza sanitaria e diritto costituzionale" vengono a collocarsi anche le ultime decisioni della Corte costituzionale (sentt. nn. 14, 15 e 16 del 2023) che hanno avuto ad oggetto misure di prevenzione adottate dai cd. decreti emergenziali durante la pandemia, a partire dalla previsione dell'obbligo vaccinale e delle conseguenze della sua inosservanza. Le prime due sentenze, decidendo nel merito, hanno rigettato ogni questione sollevata dai giudici remittenti, l'ultima in ordine di

---

\* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

emissione, invece, si è limitata a dichiarare l'inammissibilità della questione per l'incompetenza del giudice *a quo* (il Tar della Lombardia).

L'interesse che sollevano tali decisioni non si conchiude nella riconosciuta infondatezza delle eccezioni sollevate e, dunque, nella "salvezza" dell'intera strategia di prevenzione vaccinale posta in campo dal Governo ma include le non del tutto condivisibili argomentazioni poste in campo dal Collegio giudicante a sostegno delle decisioni nonché l'apprezzamento delle novità emergenti nell'indirizzo dello stesso giudice costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie.

2. Più nello specifico, le questioni d'incostituzionalità sollevate hanno riguardato, essenzialmente, l'obbligo vaccinale, nonché il previsto obbligo di sottoscrizione del consenso informato anche per chi fosse tenuto al trattamento vaccinale sulla base di un obbligo di legge. Altra questione ha riguardato la mancata corresponsione al lavoratore sospeso dal servizio per non aver ottemperato all'obbligo, di ogni emolumento o retribuzione, incluso l'assegno di mantenimento (previsto invece, per il lavoratore sospeso in attesa di giudizio) così da consentirgli di continuare a garantire a sé ed ai suoi familiari "un'esistenza libera e dignitosa" (art. 36 Cost.).

2.1. La prima questione (obbligo vaccinale) era stata promossa dal giudice remittente in ragione di un pregresso orientamento della Corte costituzionale secondo il quale l'*ammissibilità* (corsivo mio: n.d.r.) dell'obbligo vaccinale è subordinata a tre condizioni: a) che il trattamento vaccinale sia mirato a preservare anche lo stato di salute di chi vi si sottopone, oltre che quello della collettività in generale; b) che la vaccinazione "non incida negativamente sullo stato di salute" dell'obbligato al trattamento, se non per le sole conseguenze considerate "*normali e pertanto tollerabili*" (corsivo mio: n.d.r.); c) in fine, che in caso di "danno ulteriore" sia prevista comunque la corresponsione di un'equa indennità in favore del danneggiato (sentt. n. 258/94; 307/90; 14/23).

Nel rigettare tale questione, nondimeno, il giudice delle leggi muove dalla premessa che, in relazione ai vaccini esiste sempre "un rischio di evento avverso anche grave" (Punto 5.2., sent. 14/23) e poiché "tale rischio non sempre è evitabile"

al legislatore spetta la scelta sull'interesse da sacrificare, tra quello generale alla salute pubblica e quello alla tutela della vita e della salute del singolo<sup>1</sup>. Si tratterebbe, nella specie, di quelle che la stessa Corte definisce espressamente come “ “scelte tragiche” del diritto” (Punto 5.2., sent. 14/23), dato che vantaggi e svantaggi non sarebbero, nella circostanza, equamente distribuiti tra tutti i sottoposti al trattamento obbligatorio. La Corte, poi, dichiara di non condividere l'argomentazione del giudice remittente secondo cui i sopra richiamati parametri di ammissibilità non parrebbero “lasciare spazio ad una valutazione di tipo quantitativo, escludendosi la legittimità dell'imposizione di obbligo vaccinale mediante preparati i cui effetti sullo stato di salute dei vaccinati superino la soglia della normale tollerabilità, il che non pare lasciare spazio all'ammissione di eventi avversi gravi e fatali, purché pochi in relazione alla popolazione vaccinata (corsivo mio: n.d.r.)”, se non riconducendoli alle ipotesi di “caso fortuito e di imprevedibilità della reazione individuale”. Richiamando un proprio precedente (sent. n. 118/96, per altro verso - come si dirà- del tutto ignorata) in cui si rilevava che un trattamento vaccinale obbligatorio può implicare il “rischio di «conseguenze» indesiderate, pregiudizievole oltre il limite del normalmente tollerabile”, la Corte costituzionale ritiene estraneo al proprio orientamento il richiamo al “caso fortuito” e alla “imprevedibilità della reazione individuale” intesi dal giudice *a quo* quali unici presupposti di superamento della normale tollerabilità delle reazioni avverse al vaccino. Di contro, essa fa richiamo ai “dati scientifici relativi alla sicurezza del vaccino” rispetto ai quali conta unicamente “l'incidenza al livello generale” del manifestarsi di reazioni avverse “anche in relazione alla loro gravità” (Punto 5.3., sent. 14/23). Ma, a parte ogni ulteriore valutazione circa l'assoluta adesione della stessa Corte alla documentazione scientifica “ufficiale”<sup>2</sup> va rilevato come lo stesso

---

<sup>1</sup> Sul valore -oltre che sul concetto- della vita in sé (das nackte Leben), v. da ultimo T. Gutmann, *Der Wer des »nackten Lebens«*, in K. Günther, U. Volkmann (Hrsg.), *Freiheit oder Leben ?*, Berlin, 2022, p. 47 ss.

<sup>2</sup> E' proprio la contestazione di tale adesione acritica della Corte alla documentazione scientifica sulla sicurezza dei vaccini uno tra i punti più controversi che l'ordinanza del 27 marzo 2023 del giudice della II sez civile di Firenze contesta, sulla base di diversa e più adeguata ponderazione dei dati anche ufficiali, oltre che di quanto dichiarato nella stessa documentazione informativa

organo remittente avesse posto in dubbio l'affidabilità del metodo ufficiale di rilevamento dei dati, basato sulla farmacovigilanza passiva, vale a dire sulla denuncia spontanea di effetti avversi da parte del singolo, il quale era avvertito di per sé come largamente approssimativo e comunque in grado di fornire dati sottostimati rispetto alla realtà dei casi. A tanto si aggiungeva la poca congruità dell'algoritmo che fissava in sole due settimane il termine di potenziale riconducibilità dell'effetto avverso al trattamento vaccinale<sup>3</sup>.

La Corte ha precisato che la ravvisabilità del rischio di evento avverso anche grave non costituisce di per sé una condizione d'inammissibilità dell'obbligo vaccinale allorquando il legislatore abbia *"adottato tutte le cautele possibili"* (Punto 6., sent. 14/23) per evitarlo. In tal caso (sent. n. 118/96) al legislatore compete, ex art. 32 c. 2 Cost., di compiere *"deliberatamente"* una scelta ragionevole. Tale attributo, nella specie, si traduce in vincoli di ordine procedimentale attinenti, rispettivamente, alla valutazione della situazione di fatto e ad una adeguata considerazione *"delle risultanze scientifiche disponibili in merito all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini"*. Quest'ultimo deve tener conto, in primo luogo, *"della concreta situazione sanitaria ed epidemiologica in atto"* (Punto 7., sent. 14/23), *quale accertata "dalle autorità preposte"* (corsivo mio: n.d.r.), quindi, sul secondo versante, delle *"«acquisizioni, sempre in evoluzione della ricerca medica, che devono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»"* (sent. 282/2002; sent. n. 5/2018, richiamate in 7., sent. 14/23). La scelta politica del legislatore, per mostrarsi razionale, deve fondarsi dunque necessariamente sulla *"verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni o organismi – di norma nazionali o sovranazionali a ciò deputati, dato "l'essenziale rilievo" che a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici"* (corsivo mio: n.d.r.)" (sent. n. 185/98). Di conseguenza, il controllo del giudice costituzionale deve contenersi alla

---

accessoria al farmaco, giungendo alla conclusione opposta a quella cui è pervenuta invece la Corte costituzionale.

<sup>3</sup> Anche la motivata e incontestabile -sul piano dell'argomentazione logico-scientifica- critica verso tali metodi di rilevamento porta il giudice di Firenze a consolidarsi nel convincimento della *"mancanza di sicurezza dei preparati", "approvati con studi incompleti "a condizioni" "*, oltre che dei *"rischi per la salute pubblica"*.

(sola) verifica che il legislatore, nell'esercitare la propria discrezionalità politica, abbia agito "all'interno di un'area di attendibilità scientifica, alla luce delle migliori conoscenze raggiunte il quel momento storico, quali definite dalle autorità medico-scientifiche istituzionalmente preposte (corsivi miei: n.d.r.) (Punto 8.2., sent. 14/23). Una declaratoria d'incostituzionalità potrebbe conseguire unicamente dall'accertamento che i dati su cui si fonda la scelta discrezionale del legislatore siano "«incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice»" (corsivi miei: n.d.r.) (sent. n. 114/98, richiamata in 10.3.3., sent. 15/23). Con la delineazione di tali parametri (area di attendibilità scientifica, erroneità incontrovertibile), la Corte si emancipa dunque da criteri più rigorosi per il sindacato sui limiti ai diritti fondamentali, quali, quello della causalità adeguata o della probabilità tra misure adottate ed effetto prodotto tracciando, così, una cornice flebile e, quasi, impalpabile entro cui, invece, avrebbe dovuto contenersi l'esercizio della discrezionalità legislativa<sup>4</sup>. Ad ogni modo, stabilite tali paradigmi, nel merito la Corte ha finito per ritenere tutte infondate le doglianze d'incostituzionalità considerando, tra l'altro, che la previsione dell'obbligo vaccinale sanciva una precisa scadenza (originariamente fissata al 31.12.2021); che dal Ministero della salute erano stati "predisposti specifici monitoraggi sull'andamento epidemiologico"; che erano state attuate, dall'AIFA, le "relative attività di sorveglianza ... con cadenza trimestrale" le quali contengono, tra l'altro, i dati sulle reazioni avverse ai vaccini. Essa ha anche ribadito la natura "non sperimentale" del vaccino, conformemente a quanto ritenuto da AIFA, ISS e Segretariato generale del Ministero della salute, condizione che lo stesso giudice remittente non aveva contestato nell'ordinanza di rimessione (Punto 10.2., sent. 14/23). In particolare, secondo la nota dell'ISS, la natura non sperimentale dei vaccini in questione attiene al fatto che essi sono "«regolarmente immessi in

---

<sup>4</sup> Sulla rilevanza dei parametri di giudizio della causalità adeguata e della probabilità per il sindacato sulla costituzionalità dei limiti all'esercizio di diritti fondamentali, v. in particolare, O. Lepsius, *Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes*, in *Der Staat* 60 (2021), p. 609 ss., part. p. 645.

commercio dopo aver completato l'iter per determinarne qualità, sicurezza ed efficacia». Tale immissione in commercio, seppure condizionata certifica che "la sicurezza, l'efficacia e la qualità ... sono comprovate e che *i benefici sono superiori ai rischi*" (corsivo mio: n.d.r. :10.2., sent. 14/23).

Sempre sul piano della sicurezza, l'AIFA aveva attestato "l'assoluta attendibilità" dei dati raccolti attraverso il metodo della sorveglianza passiva (metodo -si è detto- la cui dubbia affidabilità il giudice a quo aveva invece evidenziato con argomentazione senz'altro congruente) tuttavia con la precisazione -che appare anche alquanto contraddittoria rispetto alla premessa affermata- che "alla base della segnalazione dell'evento avverso vi è il solo criterio temporale, il quale ... è condizione necessaria ma non sufficiente a stabilire un nesso causale fra vaccinazione ed evento" (Punto 10.3., sent. 14/23). Ciò, in linea con la stessa Agenzia, che aveva evidenziato l'insufficienza del criterio meramente temporale di acquisizione dei dati in parola, non sufficiente tra l'altro a stabilire con certezza un nesso causale tra il vaccino e l'evento che viene denunciato. Secondo tale organismo, infatti, "*«la maggior parte* (corsivo mio: n.d.r.) delle reazioni avverse ai vaccini sono non gravi e con esito in risoluzione completa». Le reazioni avverse gravi hanno una frequenza da rara a molto rara e non configurano un rischio tale da superare i benefici della vaccinazione".

Nondimeno, la Corte costituzionale, rilevato che molte "evidenze scientifiche internazionali" hanno confermato la sicurezza dei vaccini, considera non irragionevole la scelta del legislatore basata su tali dati, ritenuta l'idoneità della misura dell'obbligo vaccinale "rispetto allo scopo di ridurre la circolazione del virus" (11., sent. 14/23). Con particolare riguardo agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario ex art. 1 c. 2, l. n. 43/2006, l'obbligo in questione "consente di perseguire, oltre che la tutela della salute di una delle categorie più esposte al contagio, «il duplice scopo di proteggere quanti entrano con loro in contatto e di evitare l'interruzione di servizi essenziali per la collettività» (sent. n. 268/2017)".

Sul controllo di necessarietà/non sproporzionalità della misura, la Corte rileva l'impossibilità per il sistema sanitario nazionale di sopportare il carico di lavorazione dei test diagnostici, unitamente alla non idoneità del test, il cui esito "nasce già "obsoleto" " (Punto 13.1., sent. 14/23) a fornire certezze sulla condizione di salute del sottoposto all'atto della sua effettuazione. Nell'argomentazione addotta, ad ogni modo, si tende a sottostimare la condizione di limitatezza temporale -oltre che la parzialità- della copertura assicurata dai vaccini che avrebbe dovuto rappresentare invece un elemento fondamentale della decisione della Corte costituzionale. Come precisato, ad es., dal *Robert Koch Institut*, tali vaccini non offrono una sufficiente protezione dopo 15 settimane dalla immunizzazione di base (con la terza dose di richiamo si va, così, a rilevare tale livello di copertura dal 50% fino al 70%). Dato sostanzialmente confermato anche dal *Paul Ehrlich-Institut* secondo cui l'efficacia del vaccino contro la variante Omicron dopo due dosi, si attesta alla soglia massima del 42,8%. Anche alla stregua di tali dati, peraltro continuamente aggiornati al "ribasso", l'apprezzamento circa l'idoneità/adequazione dell'obbligo è apparso di problematica congruenza.

Per altro verso, il controllo di necessarietà, intesa quale scelta "tra le misure appropriate" di quella "meno restrittiva dei diritti a confronto", appare incompleto nella determinazione degli interessi (eterogenei) posto a raffronto. Se, in principio, la misura dell'obbligo vaccinale può giustificarsi allorché a venire in rilievo è il diritto alla vita (ad es., di soggetti fragili) meno giustificabile, in relazione alla limitazione di diritti concorrenti, è la stessa misura in relazione alla tutela della salute collettiva -che è Bene costituzionale differente dal diritto alla vita- o, ancor più, l'efficienza del sistema di sanità pubblica. In tali ultimi casi, il bilanciamento in termini di essenzialità/necessarietà avrebbe dovuto ragionevolmente condursi tra i suddetti interessi generali e la libertà di autodeterminazione in merito alla salute individuale, con esiti verosimilmente differenti da quelli dedotti dallo stesso giudice costituzionale. Peraltro, il rischio connesso al trattamento vaccinale obbligatorio avrebbe implicato un bilanciamento maggiormente tarato in termini di necessarietà, in particolare tenuto conto delle possibili misure alternative

all'obbligo vaccinale idonee, comunque, a garantire la sicurezza sanitaria soprattutto in contesti non frequentati da soggetti fragili.

3. Con specifico riguardo, poi, alla misura di prevenzione della sospensione dalla prestazione di lavoro e da ogni emolumento con essa connesso per chi deliberatamente si fosse sottratto all'obbligo di vaccinazione, la Corte ha parlato di una "conseguenza calibrata" in termini di sacrificio dei diritti dell'operatore sanitario, "strettamente funzionale rispetto alla finalità perseguita" di "riduzione della circolazione del virus" (Punto 13.2., sent. 14/23). L'adeguatezza si mostra, secondo il giudice, sia dal punto di vista temporale, trattandosi di misura limitata nel tempo; sia da quello dell'intensità, consistendo in una sospensione priva di carattere sanzionatorio e, dunque, di conseguenze di tipo disciplinare (Punto 11.4., sent. 15/23). Essa, pertanto, non eccede "quanto necessario per il raggiungimento degli scopi pubblici di riduzione della circolazione del virus".

La Corte ha inteso, quello dell'obbligo vaccinale, come un "requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative" da parte di chi vi è obbligato, "con valenza integrativa del contenuto sinallagmatico del contratto individuale di lavoro" (Punto 12.1., sent. 15/23). Il suo mancato adempimento per libera scelta del lavoratore determina, così, in modo automatico la "temporanea impossibilità della prestazione lavorativa" (13.5., sent. 14/23) in ragione della carenza di un requisito del rapporto di lavoro che, perciò, inibisce lo svolgimento effettivo della prestazione.

Anche su questo punto, il ragionamento del giudice costituzionale sembra esporre il fianco a qualche rilievo critico, a partire dalla denegata natura sanzionatoria della misura della sospensione dal lavoro, natura che, invece, sembra chiaramente emergere dal ragionamento della Corte in punto di mancato riconoscimento dell'assegno alimentare (v. infra). A risultare opinabile, nella specie, è soprattutto l'operazione di bilanciamento in termini di necessità/proporzionalità, che investe, per un verso il valore generale della sicurezza sanitaria sul luogo di lavoro -dunque, un interesse di natura generale non immediatamente connesso ad un

diritto fondamentale- dall'altro, la libertà di autodeterminazione individuale ex art. 32 c. 1 Cost., vale a dire una serie di diritti soggettivi fondamentali strettamente connessi, in ultima analisi, con la condizione di dignità sociale del lavoratore, oltre che con il valore primo della dignità umana<sup>5</sup>. Ciò, tanto più se si tiene conto che la corresponsione di una retribuzione adeguata, sinallagmaticamente connessa allo svolgimento della prestazione di lavoro, è dal Costituente intesa come presupposto e condizione per garantire allo stesso lavoratore un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.).

Ciò considerato, affiora un dubbio circa la natura sproporzionata della misura radicale della sospensione dal lavoro che, si è detto, implica la logica conseguenza della perdita di ogni emolumento retributivo e, perciò, rende per il futuro dubitabile, per il lavoratore e la sua famiglia, la conduzione di una vita libera e dignitosa. Quanto alla determinazione di un termine finale, che secondo la Corte finisce per rendere più mite la misura, va innanzitutto rilevato come la violazione della dignità umana e sociale non si riduce o non recede affatto in virtù della durata determinata della misura di sospensione dal lavoro che, peraltro, avrebbe potuto anche subire deroghe, in ragione dell'andamento della pandemia. Proprio in ragione del grave impatto costituzionale di una tale misura, più rigoroso avrebbe dovuto mostrarsi il controllo di ragionevolezza, anche in termini di una più chiara e corretta individuazione degli interessi confliggenti.

4. Oltre alla misura della sospensione dal lavoro sotto il fuoco dell'attenzione del giudice costituzionale è caduta anche quella relativa alla mancata corresponsione, per i lavoratori sospesi, di un assegno alimentare. Al riguardo, la Corte innanzitutto ha ribadito che l'assegno alimentare, quale soluzione di sostegno, prefigura la sospensione del lavoratore "come misura provvisoria, priva di carattere sanzionatorio, disposta cautelatamente nell'interesse pubblico" (Punto 14.4., sent. 15/23), presupposti che, peraltro, si rinvergono pienamente (come riconosciuto dallo stesso giudice...) nella fattispecie in questione. Secondo la stessa

---

<sup>5</sup> In tal senso, v. anche ord.za Trib. civ. Firenze (II sez. civ.) del 27 marzo 2023.

Corte, però, l'erogazione dell'assegno alimentare al lavoratore sospeso dal servizio "a seguito della sottoposizione a procedimento penale o disciplinare", allorquando "la temporanea impossibilità" di quest'ultimo a rendere la prestazione di lavoro consegua ad una "rinuncia unilaterale del datore di lavoro di avvalersene e da atti o comportamenti che richiedono di essere accertati in vista della prosecuzione del rapporto" di lavoro è cosa ben diversa dal caso del lavoratore sospeso per essersi sottratto all'adempimento dell'obbligo vaccinale. In quest'ultima ipotesi, è il lavoratore che "decide di sottrarsi unilateralmente alle condizioni di sicurezza che rendono la sua prestazione lavorativa ... legittimamente esercitabile" (Punto 14.4., sent. 15/23). L'erogazione dell'assegno alimentare può essere obbligatoriamente posta dal legislatore a carico del datore di lavoro solo "quando l'evento impeditivo della prestazione lavorativa abbia carattere oggettivo, e non anche quando l'evento stesso rifletta invece una scelta -pur legittima- del prestatore d'opera" (Punto 14.5., sent. 15/23), come nella fattispecie oggetto del sindacato.

Preliminarmente, traspare una incoerenza di fondo in questo specifico punto argomentativo in cui il giudice costituzionale rileva l'inadempimento di un obbligo di legge da parte del lavoratore sospeso ma intende ribadire la legittimità della scelta di quest'ultimo di non vaccinarsi. Delle due, infatti, l'una: o tale scelta può ragionevolmente ricondursi al paradigma dell'art. 32 c. 1 Cost. che, nella specie, risulterebbe prevalente sul disposto della norma legislativa introduttiva dell'obbligo vaccinale legittimando l'esercizio del diritto costituzionale corrispondente. Oppure l'illegittimità della scelta conseguirebbe, di necessità, alla previsione legislativa dell'obbligo vaccinale quale forma della prevalenza accordata dal legislatore al Bene della salute pubblica ex art. 32 c. 2 Cost. rispetto a quello della salute individuale. Ad ogni modo, se la Corte ritiene legittima la scelta del lavoratore, pur obbligato, di non vaccinarsi, meno ancora può spiegarsi, poi, l'accondiscendenza mostrata dal giudice sulle conseguenze obiettivamente deleterie, in termini di condizione sociale e di dignità del lavoratore e della sua famiglia, derivanti dalla perdita della retribuzione e dal divieto di corresponsione dell'assegno alimentare al lavoratore sospeso.

La stessa Corte, infatti, si limita ad avallare tale soluzione giustificandone la ragionevolezza anche rispetto al diverso trattamento di chi non era vaccinato “a causa di un accertato pericolo” per la sua salute (Punto 13.6., sent. 15/23). Il giudice delle leggi, in definitiva, non valorizza affatto nell’impianto argomentativo la considerazione della natura eminentemente solidaristica dell’assegno alimentare in quanto mirato a conferire al lavoratore sospeso ed alla sua famiglia una condizione essenziale di autonomia economica. Se sul piano costituzionale può risultare poco conferente il richiamo all’art. 36 Cost. -il cui ambito specifico investe la natura della retribuzione del lavoratore subordinato- nondimeno il riferimento all’esistenza libera e dignitosa sembra poter valere come parametro di misurazione, in ogni caso, anche della consistenza reale dell’assegno alimentare in questione. Così, alla considerazione dei giudici remittenti che l’assegno alimentare ha natura assistenziale, la Corte replica sottolineando che quest’ultimo non si configura come soluzione costituzionalmente obbligata, la sua mancata previsione non si mostra, perciò, irragionevole allorquando l’evento impeditivo della prestazione di lavoro – è detto- rifletta una libera e legittima scelta del prestatore d’opera (Punto 14.5., sent. 15/23).

5. Dubbi d’incostituzionalità hanno investito anche la previsione dell’obbligo di sottoscrizione del consenso informato per chi fosse tenuto al trattamento vaccinale in virtù di una previsione legislativa d’obbligo. Non risulta convincente l’argomentazione della Corte basata sulla “libertà di alternativa” dell’interessato, tra l’adempimento dell’obbligo vaccinale e la sospensione dal lavoro con perdita di ogni forma di retribuzione o compenso di natura assistenziale. Tale passaggio, mutuato dalla decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco (Beschl. del 27.4.22: Bundesnotbremse II) che risulta, per il nostro giudice costituzionale, un precedente di assoluta importanza non si presenta coerente anche con quanto previsto, in materia, dalla Carta di Oviedo. In essa, infatti, è evidenziata la chiara correlazione causale sussistente tra l’espressione del consenso e l’oggetto dell’informazione “adeguata sullo scopo e sulla natura dell’intervento e sulle sue

conseguenze e i suoi rischi” (art. 5). Anche rispetto a ciò si mostra del tutto incongruente, con riguardo alla previsione dell’obbligo vaccinale per il personale sanitario, l’alternativa di scelta, che la legge avrebbe definito, di rinunciare all’attività lavorativa finora svolta o di dare il proprio consenso alla violazione della propria integrità fisica <sup>6</sup>. Tale alternativa, dunque, lungi dall’apparire congruente al fine di assicurare un’espressione libera di autodeterminazione individuale opera piuttosto come elemento fortemente condizionante la formazione della volontà dell’obligato che, così, risulta a monte perturbata nella libertà di scelta dall’alternativa legislativa proposta.

Com’è noto, la corretta formazione di una libera volontà assume per l’ordinamento giuridico statale un valore primario, con riguardo al corretto nel contesto della dialettica democratica (libertà di coscienza del voto: art. 48 Cost.) sia anche nel quadro dei rapporti di relazione. In quest’ultimo contesto, in particolare, il codice civile qualifica la violenza assoluta quale causa di nullità del contratto mentre la violenza morale (*vis compulsiva*) può comportare l’annullamento dell’atto (art. 1434 ss. c.c.). Nello specifico dell’ambito sanitario, poi, la l. n. 219/2017 sancisce l’espressione libera e consapevole del consenso informato come il presupposto della relazione contrattuale tra medico e paziente a corretta formazione del volere costituisce il presupposto esclusivo e necessario per l’espressione del consenso (art. 1, l. n. 219/2017). I dati sanitari acquisiti attraverso l’informazione, in tal caso, rappresentano l’oggetto esclusivo su cui deve cadere la decisione del paziente.

Il consenso informato, da tempo la giurisprudenza non soltanto italiana lo ha ribadito, ha come termine di riferimento le indicazioni circa, rispettivamente, benefici e rischi di una determinata strategia sanitaria di cura o di prevenzione, i quali ultimi costituiscono l’oggetto esclusivo su cui deve cadere la decisione dell’interessato. Nella vicenda che ci occupa, il consenso di chi è sottoposto a

---

<sup>6</sup> Ma, anche al di là di ogni considerazione critica, resta il fatto che nella legislazione tedesca la misura dell’obbligo vaccinale era limitata unicamente al personale sanitario ed a quello impiegato nelle RSA, rispetto a cui il legislatore ha lasciato prevalere -peraltro in modo problematico- il diritto alla vita dei soggetti fragili (ricoverati in ospedale e nelle strutture di riposo per anziani).

trattamento vaccinale obbligatorio avrebbe dovuto esprimersi sul punto del rapporto tra benefici e costi della pratica vaccinale, vale a dire, efficacia terapeutica e rischi collaterali connessi. Si mostrano disomogenei, dunque, gli interessi posti in bilanciamento nella specie, se la valutazione circa la prestazione o meno del consenso dev'essere condotta -come ha suggerito la Corte- sulla base dell'alternativa tra la tutela della salute individuale e continuare a lavorare e percepire, così, una retribuzione adeguata ad assicurare al lavoratore ed ai propri familiari un'esistenza libera e dignitosa.

La previsione sulla sottoscrizione del consenso informato da parte di chi fosse stato per legge tenuto al trattamento vaccinale, nei termini di tale alternativa, appare del tutto incongruente e, anzi, sembra integrare i termini di una violenza morale, con l'aggravante di condizionare, in quest'ultimo caso l'esercizio di un diritto costituzionale di libertà. Appare evidente, infatti, lo stato di soccombenza morale di chi viene a trovarsi nell'alternativa di subire il trattamento vaccinale o di perdere, sia pure in via temporanea, il lavoro ed ogni emolumento retributivo. Tale alternativa induce piuttosto la consapevolezza di una scelta del male minore come decisiva ad orientare il consenso "informato" dell'obbligato al trattamento.

Del resto, la fondata percezione di trovarsi comunque di fronte alla minaccia di un male ingiusto trova riscontro nelle ordinanze di rinvio dei giudici remittenti, in cui risalta il dubbio sulla legittimità della previsione. Come riconosce anche il Tribunale militare di Napoli, la Corte costituzionale è persa del tutto allinearsi alla strategia di governo attraverso un'argomentazione essenzialmente formale ma nella sostanza piuttosto scomposta, in cui difetta ogni necessaria considerazione del lavoro come "fondamento dello Stato" e "mezzo di sviluppo della persona" (Cass. 12.10.78, n. 4577), dunque, condizione effettiva di dignità anche sociale della persona.

6. Può essere inteso come un punto virtuoso di questa giurisprudenza costituzionale l'ammissione secondo cui "ogni legge elaborata sulla base di conoscenze medico-scientifiche è per sua natura transitoria, perché adottata allo

stato delle conoscenze del momento e destinata ad essere superata a seguito dell'evoluzione medico-scientifica". Fondamentale, per la Corte, è dunque "una piena valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario", con la conseguenza che la disciplina legislativa adottata "può e deve mutare in base all'evoluzione della situazione sanitaria che si fronteggia e delle conoscenze scientifiche acquisite (corsivo mio: n.d.r.)" (Punto 8.2., sent. 14/23).

In realtà, tale affermazione, di natura logica prima ancora che giuridica, non costituisce né una apertura del giudice a future novità di sorta nell'apprezzamento della disciplina contestata né rappresenta una novità nel contesto della giurisprudenza costituzionale europea sulla strategia di prevenzione pandemica. In particolare, già nella nota decisione del 19 novembre 2021 (Bundesnotbremse I) il Tribunale costituzionale federale tedesco aveva precisato che l'originaria idoneità delle misure emergenziali non escludeva che in seguito tali misure potessero risultare incostituzionali qualora non reggessero più le originarie opinioni prognostiche del legislatore (Rdn. 186). Nella successiva decisione sull'obbligo vaccinale, del 27 aprile 2022, già sopra richiamata, lo stesso giudice ribadisce questo punto (Rdn. 167), precisando come una regolamentazione originariamente conforme a Costituzione, potrebbe per il futuro diventare incostituzionale se le conoscenze scientifiche successivamente acquisite si pongono in contrasto con le posizioni originarie del legislatore (Rdn.235).

In generale, poi, la condizione di un'incostituzionalità sopravvenuta della legge non suona affatto estranea al giudizio della stessa Corte costituzionale, né può dirsi limitata alle sole ipotesi di mutamenti costituzionali sopravvenuti da cui viene a dipendere, in conseguenza, il vizio successivo di una legge<sup>7</sup>. Anche il mutamento del contesto reale (o ordinamentale) che figura da necessario presupposto della disciplina contestata, come può essere il caso connesso all'evoluzione delle conoscenze scientifiche, è in grado di causare un'incostituzionalità sopravvenuta di tale disciplina, basata su presupposti ritenuti ormai non comprovati o, peggio

---

<sup>7</sup> Così, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 251 ss.

ancora, del tutto scientificamente smentiti. Con riguardo specifico alla strategia di prevenzione sanitaria, pertanto, parrebbe per il legislatore ordinario inevitabile, in seguito all'acquisizione di ulteriori e sempre più dettagliate conoscenze scientifiche su possibili effetti negativi della vaccinazione, adottare una nuova e diversa regolazione, pena la sopravvenuta irragionevolezza dell'obbligo vaccinale qualora fosse vigente anche oltre la peculiare contingenza della condizione pandemica.

Tenuto conto di ciò, non sembra incongruente ritenere che a nessuna reale apertura conduce l'avvertenza formulata dal giudice costituzionale al legislatore ordinario, di ponderare sempre e comunque la complessiva congruenza funzionale della decisione in relazione alle risultanze dei dati scientifici a sua disposizione.

7. D'altro canto, è noto che nella propria attività di giudizio la Corte costituzionale non tralasci di considerare anche le conseguenze politiche, oltre quelle proprie giuridico-costituzionali, delle sue sentenze<sup>8</sup>, al punto che questo apprezzamento tacito inevitabilmente rientra tra gli elementi che inducono la decisione dell'organo. Nel caso di specie, l'attenzione agli effetti politici consequenziali si mostra del tutto particolare. Da un lato, è evidente l'intento del giudice di avallare senza condizioni un metodo di decisione politica che rinviene nelle indicazioni provenienti dagli organismi scientifici ausiliari il suo necessario e vincolante presupposto. La Corte, così, non ha mai inteso contestare o ritenere meno congruenti rispetto alla misura dell'obbligo vaccinale i dati sull'efficacia e sicurezza dei vaccini prodotti da tali organismi (Aifa, ISS) anche considerando gli effetti negativi che un approccio critico del giudice costituzionale avrebbe potuto avere sulla credibilità stessa di tali organismi.

Soprattutto, il presidio di costituzionalità offerto da quest'ultimo alla strategia di prevenzione costituisce, più in generale, un avallo all'intero Governo, i cui tratti fisionomici, tanto in relazione alla sua nascita che alla condizione del sostegno politico, presentavano aspetti del tutto peculiari. La larga maggioranza

---

<sup>8</sup> In generale, sull'argomentazione giuridica come discorso politico, v. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1983, p. 427.

parlamentare di cui godeva, la copertura sistematica dei singoli decreti leggi attraverso la questione di fiducia quasi sistematicamente posta all'atto della loro conversione, le esternazioni continue dello stesso Presidente del Consiglio nei confronti di chi aveva legittimamente deciso di non vaccinarsi, rappresentano fattori utili a comprendere (seppure non a giustificare) la estrema prudenza della Corte nel vaglio di costituzionalità delle misure emergenziali. L'accoglimento anche di una sola delle questioni sollevate dai giudici remittenti avrebbe avuto un impatto politico-istituzionale senz'altro poderoso, per non dire dirompente, anche a livello sovranazionale e mondiale<sup>9</sup>. Anche la costituzione nel giudizio costituzionale del Governo ha assunto il significato di elevare la già peculiare sensibilità di questo giudice verso l'impatto istituzionale delle proprie decisioni giacché un'ipotetica pronuncia d'incostituzionalità avrebbe inevitabilmente finito inevitabilmente per aprire anche un processo politico all'operato dell'Esecutivo e delle forze che lo hanno sostenuto, aggravando così lo iato esistente tra sistema politico-istituzionale e la società civile all'interno del sistema democratico. Ma si obietta<sup>10</sup>, con riguardo all'operato e al ruolo della Corte costituzionale, che non si possono avere entrambe le cose, perciò, o si presenta questa come un giudice che agisce tenendo conto del versante puramente giuridico oppure si pratica il bilanciamento politico: *tertium non datur*.

8. La giurisprudenza costituzionale in tema di obbligo vaccinale che qui si considera consente di tracciare una linea di separazione tra il "prima" e il "dopo" l'emergenza pandemica gravida di conseguenze, dal punto di vista teorico come nelle considerazioni pratiche.

Sul primo versante, l'avallo assoluto concesso anche dalla Corte alla verità scientifica intesa come l'unico presupposto congruo per indurre secondo razionalità la decisione del legislatore sembra per ciò stesso lasciar translitterare

---

<sup>9</sup> Basti pensare all'impegno sinergico portato avanti dagli organi costituzionali nazionali, di indirizzo politico e di garanzia, ma anche dalle istituzioni europee (UE) e mondiali (OMS) per favorire la più ampia riuscita della campagna vaccinale.

<sup>10</sup> O. Lepsius, *Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes*, in *Der Staat* 60 (2021), p. 609 ss., part. p. 617.

anche il diritto nell'alveo delle scienze naturali, in cui non viene in rilievo lo studio e la ricerca sul come la condotta umana debba porsi secondo norma a spiegarsi bensì sul come essa per necessità causale sia tenuta a porsi<sup>11</sup>. Ciò traspare dalla rilevata incongruenza nelle operazioni di bilanciamento compiute dallo stesso giudice in cui fa premio innanzitutto la constatazione di una pedissequa aderenza della regolazione normativa alle cd. evidenze scientifiche del momento, quali emergono dalla documentazione fornita dagli organismi scientifici ausiliari del Governo. In questa prospettiva, del resto, viene a trovare giustificazione, oltre ad una certa leggerezza nell'apprezzamento degli interessi concorrenti alla tutela della salute collettiva -dignità del lavoratore, portata del principio di solidarietà etc.- anche il chiaro arretramento di valenza costituzionale -per la Corte- della tutela della salute individuale rispetto anche alle difficoltà di sovraccarico del sistema sanitario, emerse nel contesto specifico dell'emergenza sanitaria. Senza sottacere del richiamo all'alternativa secca -tra la rinuncia al lavoro e alla retribuzione o la sottoposizione al trattamento vaccinale- che oltre a rendersi fuorviante rispetto al fine essenziale della citata l. n. 219/2017, riflette il senso di un modello giustiziale ritagliato sulla forma specifica delle scienze di natura. Un tale approccio, tuttavia, rivela anche la reale difficoltà di quel giudice ad articolare un'argomentazione razionale convincente, a sostegno della scelta politica contestata.

Da questa linea di giurisprudenza costituzionale traluce, più in generale, una sostanziale divaricazione di senso e portata della garanzia dei diritti fondamentali rispetto non soltanto alla percezione comune ma anche a quella di una parte della giurisprudenza di merito. Tanto finisce, in ultima analisi, per rendere meno fluido e scontato il processo di identificazione tra società e Costituzione che, solo, può animare e rendere effettiva, anche nella prima, la condizione di un patriottismo costituzionale<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928), ora anche in H. R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schlambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Stuttgart, 2010, p. 231 ss., part. p. 232.

<sup>12</sup> L'espressione „patriottismo costituzionale“ (Verfassungspatriotismus), risalente a Dolf Sternberger (*Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main, 1990) è stata poi soprattutto impiegata da J. Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität* (1988), ora anche in: Id., *Faktizität und*

D'altro canto, se è vero che i diritti costituzionali tracciano solo il verso che il legislatore ordinario è tenuto poi ad assecondare o quanto meno non può contrastare, al fine di renderli effettivi, è anche vero che in ordinamenti statali fondati sul principio ordinatore della libertà, ogni vincolo legislativo ai diritti fondamentali, sia risalente espressamente alla norma costituzionale o derivi da limiti immanenti, deve trovare robuste motivazioni sul piano della ragionevolezza. Ciò, impegna il giudice costituzionale ad un sindacato rigoroso su tali vincoli, soprattutto con riferimento all'insieme dei paradigmi -idoneità, essenzialità, necessità, etc.- integranti il controllo di ragionevolezza. Di contro, nell'esperienza dell'emergenza sanitaria appena trascorsa, la forza regolatrice e garantista di tali diritti è spiegata dalla Corte essenzialmente sul versante procedimentale, riconoscendosi all'autorità politica uno spazio ampio nella determinazione di limiti e condizioni modali all'esercizio degli stessi.

9. L'indirizzo giurisprudenziale preso qui in esame non inclina ad un esito scontato e/o generalmente condiviso ma, avviluppandosi in argomentazioni anche di debole rigore logico, nelle quali spicca soprattutto l'estrema genericità dei parametri di giudizio delineati, sembra soprattutto mirato a sottrarre le istituzioni del governo nazionale dal fuoco dell'attenzione della critica scientifica.

In questa sorta di solipsismo della Corte costituzionale, tuttavia, rischia di perdere valore sostanziale il giudicato costituzionale, anche quale autorevole precedente esegetico dei diritti e principi fondamentali. Non è un caso che, nella specie, all'orientamento di quel giudice faccia da contrappunto una diversa linea della giurisprudenza di merito che muovendo da una specifica, diversa lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni legislative emergenziali, porta a revocare in dubbio l'orientamento legitimista della stessa Corte costituzionale.

Di tanto, un chiaro riscontro è offerto, ad es., dalla recente sentenza del G.U.P. del Tribunale militare di Napoli, successiva ai pronunciamenti del giudice

---

*Geltung*, Frankfurt am Main, 1992, p. 632 ss.. In tema, da ultimo v. J.-W. Müller, *Verfassungspatriotismus*, Berlin, 2010, part. p. 56 ss.

costituzionale dei quali essa configura la più netta e, forse, anche inevitabile abiura. Sottolineata, innanzitutto, la portata non vincolante delle sentenze d'infondatezza del giudice costituzionale, il G.U.P. del Tribunale militare espressamente sostiene di volersi discostare dal giudicato costituzionale innanzitutto in quanto attiene al postulato dell'efficacia profilattica del vaccino. Esso rileva che "la scienza, allorché studia e ricerca un fenomeno ancora ignoto ... non è costituita da un monolitico blocco di granitica certezza bensì si manifesta piuttosto inizialmente nella forma di ipotesi scientifiche alternative e spesso contrastanti". Smentendo, così, i dati scientifici posti a base del giudicato costituzionale lo stesso G.U.P. assume come fatto notorio, "cioè quale dato incontrovertibile emergente dal naturale accadimento dei fatti", che l'idoneità dei vaccini in commercio a prevenire il contagio sia "di fatto rilevata prossima allo zero".

Precisando di discostarsi "con forza" dall'orientamento della Consulta, esso ritiene di seguire un'interpretazione "costituzionalmente orientata" della normativa sull'obbligo vaccinale secondo cui tale obbligo non si mostra incompatibile con l'art. 32 Cost "solo se gli unici effetti normativi prevedibili siano temporanei, di scarsa entità e tollerabili". Ciò, tenuto conto che tale previsione costituzionale conferisce prevalenza alla tutela della salute individuale "rispetto all'interesse della collettività". La prima come la seconda, spiega il giudice, "sono condizioni congiuntamente necessarie", per cui "il trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di chi 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 (Corte cost., sentenza. n. 307/90)". Imporre un trattamento sanitario in assenza di tali presupposti violerebbe, dunque, "i limiti imposti dal rispetto della persona umana, risultando disumano".

Nel caso specifico dei vaccini anti-Covid in commercio, peraltro, "il verificarsi di un evento avverso grave o fatale non riveste ... un carattere di assoluta eccezionalità, imponderabilità ed imprevedibilità bensì, al contrario, rientra tra gli eventi che si verificano in un numero non indifferente di casi e quindi prevedibili".

Così, il G.U.P. riconduce la condotta renitente al vaccino del militare imputato alla scriminante ex art. 54 c.p., in quanto dettata dalla “necessità di salvare sé dal pericolo attuale di un danno grave alla propria persona”.

In merito al presupposto della non altrimenti inevitabilità del pericolo, lo stesso G.U.P. rileva come la misura della sospensione dal lavoro senza retribuzione non lasci “alcun margine di scelta -e quindi di evitabilità- al lavoratore”, mentre l’argomentazione della Corte costituzionale si mostra “esasperatamente formalistica e cinica”, in grado di “svilire la centralità che la stessa Costituzione attribuisce al lavoro, quale imprescindibile mezzo di sostentamento e di sviluppo della persona umana”. Ancora ricorrendo ad un’interpretazione “costituzionalmente orientata” il G.U.P. del Tribunale militare di Napoli, sulla scorta peraltro della giurisprudenza costituzionale pregressa, sottolinea come sul lavoro si fondi “non solo la dignità professionale ma anche la dignità personale dell’essere umano..”. Se la natura democratica della Repubblica richiede la partecipazione attiva di tutti i cittadini alla vita politica, tale partecipazione - secondo quel giudice- finisce per essere disattesa “senza lo svolgimento di un lavoro”. “Il lavoro, per una persona che intenda vivere una vita libera e dignitosa, non è una scelta, bensì una necessità.”.

10. Nel medesimo solco di giudizio può inquadarsi anche la decisione del T.A.R. Abruzzo<sup>13</sup> che, muovendo da un’esegesi costituzionalmente orientata delle norme legislative, ha riconosciuto al lavoratore sospeso per mancato adempimento dell’obbligo vaccinale la spettanza dell’assegno alimentare. Nella circostanza, il giudice amministrativo premessa la natura non disciplinare della sospensione dal servizio, ha stabilito che tanto più al lavoratore sospeso dal servizio *ope legis*, in ragione dell’esigenza di tutela della salute collettiva, avrebbe dovuto essere riconosciuta l’attribuzione dell’assegno di mantenimento previsto, dalla disciplina del pubblico impiego, nel caso di sospensione del lavoratore per motivi disciplinari. Si tratta nella specie, come opportunamente ribadito dal giudice, di

---

<sup>13</sup> Sezione prima, sent. del 22.4.2023.

una misura solidaristica mirata a garantire la sussistenza del lavoratore e dei suoi familiari.

11. L'indirizzo che si evidenzia dalle due ultime decisioni richiamate sembra svolgersi in modo coerente lungo il crinale della primazia accordata dalla Costituzione alla persona, rispetto a cui la dimensione dell'interesse generale, anche nell'intenzione dei Costituenti, avrebbe dovuto restare complementare. Complementare, non equivale a subordinato e/o "accessorio" ma allude all'esigenza che la realizzazione di quest'ultimo avrebbe comunque dovuto compiersi nel rispetto della dignità umana e sociale, in una prospettiva diretta in ultima analisi a non causare insanabili fratture nel contesto dell'unità anche sociale dello Stato. Tanto, vale ancor più con riguardo specifico all'ambito materiale della salute pubblica, per cui la realizzazione delle esigenze a quest'ultima funzionalmente connesse non può, sul piano costituzionale, rendere legittimo anche un grave pregiudizio -o addirittura il sacrificio totale- del bene della salute individuale né giustificare l'ammissibilità di vulnerazioni delle prerogative di dignità anche sociale del lavoratore e della sua famiglia, fino a degradarne la condizione di vita al di sotto del livello di un trattamento economico essenziale qual è quello di natura solidale. In quest'ordine di idee deve essere letto e apprezzato anche l'originario indirizzo pre-pandemia della giurisprudenza costituzionale in tema di obbligo vaccinale, in cui si esclude che l'interesse generale (tutela della salute pubblica) possa implicare un rischio strutturale e generalizzato per l'interesse individuale alla cura della salute, ciò, del resto, tanto più se i dati acquisiti a livello scientifico sulla sicurezza del vaccino non valgono a relegare tale rischio nella sfera dell'eventuale e/o marginale (imprevedibilità, caso fortuito).

La linea di argomentazione, secondo cui nessuno può essere chiamato al sacrificio della propria salute in favore di quella degli altri, "fossero pure tutti gli altri" (sent. n. 118/96), riesce abbandonata o, comunque disattesa dalla Corte costituzionale con riguardo all'obbligo vaccinale contro il Covid-19. Al suo posto, è introdotto il criterio del calcolo: costi-benefici che, invece, postula necessariamente una

valutazione in termini di prevalenza di vantaggi e rischi, anche gravi, del trattamento obbligatorio, la quale a propria volta è strettamente dipendente dallo stato delle conoscenze scientifiche esistenti al momento della scelta politica. L'orientamento del giudice costituzionale finisce, così, per entrare in rotta di collisione con le prerogative proprie del principio personalista -proponendosi una lettura diversa dell'equilibrio di questo con gli interessi pubblici dello Stato- in cui sfuma progressivamente fino a scomparire ogni elemento dell'impronta liberale della Carta repubblicana del '48.

Si delineano le basi di una trasformazione dei caratteri di fondo dell'ordine costituzionale, in cui nel diritto si introduce un nuovo *Denkmodus*<sup>14</sup> che porterebbe a ritenere l'eccezione una condizione strutturale ordinaria della produzione del diritto, dove perciò la tutela delle posizioni giuridiche soggettive viene riconosciuta o ammessa entro i confini e nelle forme che la stessa norma giuridica di volta in volta definisce in relazione alla prevalente tutela dell'interesse generale. In questi termini, si adombra un'interversione dei rapporti tra sfera dell'autorità e sfera della libertà, costretta quest'ultima entro spazi interstiziali quali definiti dal potere pubblico. La giurisprudenza costituzionale in parola sembra porre, dunque, un importante avallo a tale prospettiva rendendo tutt'altro che incongruente o peregrina l'ipotesi che essa abbia finito di fatto per riconoscere l'effettiva esistenza dello stato d'eccezione che -è noto- la Costituzione del '48 non prevede affatto, ivi menzionandosi unicamente l'emergenza da regolarsi attraverso una produzione normativa primaria conforme al complesso delle previsioni costituzionali<sup>15</sup>. Ma dalla lettura complessiva delle menzionate decisioni matura l'impressione che la Corte costituzionale abbia considerata, quella della pandemia, come un'ipotesi di emergenza straordinaria tale da giustificare l'espansione assoluta e dominante dell'azione dell'autorità anche sull'interpretazione più garantista dei diritti

---

<sup>14</sup> Ancora U. Volkmann, *Der alltägliche Ausnahmezustand oder: Not kennt viele Gebote*, cit., p. 376..

<sup>15</sup> Sul ruolo del giudice delle leggi quale giudice della trasformazione costituzionale, v. più in generale anche K. F. Gärditz, *Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2021, p. 221 ss., part. p. 297 ss.

costituzionali<sup>16</sup>. Così, essa ha conferito uno stigma di legittimità costituzionale all'edificazione di un ordinamento emergenziale, quantunque privo di convincenti ancoramenti costituzionali che non fossero dati dalla consapevolezza dello stato d'eccezione. Anche il ricorso al discusso criterio del calcolo costi-benefici, surrogandosi quello basato sulla protezione della salute dell'obbligato, sembra muovere dalla reale situazione eccezionale come premessa che scandisce "l'ora della decisione e del fare", in cui, al pari che in una guerra, si assume anche il rischio delle vittime<sup>17</sup>.

12. La percezione di una condizione di profonda trasformazione del senso della Costituzione, oltre che dell'idea stessa del diritto nello Stato contemporaneo, dove la prevenzione si atteggia a metodo ordinario di azione pubblica e il ragionare per macrointeressi diventa un modello-guida dei processi di decisione legislativa, appare tra i fattori di maggior rilievo, anche in relazione all'analisi della giurisprudenza costituzionale sull'obbligo vaccinale per il Covid-19.

Un tale trasformazione pur nell'apparente, formale continuità dell'ordine esistente rilancia con forza anche la questione circa l'opportunità o meno di una regolazione specifica dell'emergenza costituzionale, sulla scorta di figurini già presenti in altri ordinamenti europei (Francia, Spagna). Se prevale, in un tale contesto, l'attenzione precipua all'osservanza delle forme giuridicamente stabilite, potrebbe non risultare del tutto incongruo affidare la dichiarazione dello stato di emergenza costituzionale ad una maggioranza qualificata delle Assemblee parlamentari chiamata anche a definire l'attribuzione dei poteri necessari in capo all'organo competente alla gestione di tale situazione, secondo criteri di proporzionalità/adequatezza.

---

<sup>16</sup> Al riguardo, v. U. Volkmann, *Der alltägliche Ausnahmezustand oder: Not kennt viele Gebote*, in *Zeitschrift Merkur* (2008), Heft: 708, p. 369 ss. Peraltro, anche il giudice della II Sez. civile di Firenze (ord.za del 27 marzo 2023), dopo aver premesso che la Carta del '48 non disciplina lo stato di emergenza costituzionale, ha avuto a rilevare come il giudice costituzionale sembra muovere dalla consapevolezza dell'esistenza di un tale stato al fine di giustificare "una minor garanzia dei diritti costituzionali".

<sup>17</sup> Ancora, U. Volkmann, *Der alltägliche Ausnahmezustand oder: Not kennt viele Gebote*, in *Zeitschrift Merkur* (2008), Heft: 708, p. 369 ss..

Ad oggi, dominante appare la tensione dialettica tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza di merito sul senso e la portata di principi e diritti fondamentali, oltre che sulle modalità di applicazione dei criteri di giudizio -idoneità, proporzionalità, necessità, etc.- da cui discende il giudizio di approvazione o disapprovazione nei confronti delle misure emergenziali adottate. Lo stridente contrasto tra istituzioni di garanzia dello Stato costituzionale di diritto proietta verso l'esterno l'istintiva percezione di una maggiore adeguatezza del giudice di merito, quale giudice del caso concreto, a ponderare la vulnerazione dei diritti costituzionali. A tale percezione si lega l'eventualità, che di recente sembra rendersi effettiva -come anche la giurisprudenza sopra citata dimostra (v. *supra*)- di una fuga dei giudici dalla Corte costituzionale realizzata precipuamente attraverso l'impiego, da parte dei primi, dell'esegesi costituzionalmente orientata, ispirata tra l'altro al criterio dell'ottimizzazione dei diritti<sup>18</sup>. Del resto, impegnati esclusivamente nel compito di amministrare e rendere effettiva la giustizia, i giudici di merito -a differenza della Corte costituzionale- non mostrano attenzione agli effetti politici delle proprie decisioni ma sembrano -più del giudice delle leggi- cogliere con virtuosa immediatezza e più ampia latitudine la realtà complessa degli interessi coinvolti nel caso concreto. Così, percepita come meno incline, nella condizione emergenziale, a una tutela ottimale di tali diritti la Corte costituzionale finisce per perdere quel consenso, istituzionale e politico-sociale che è valso ad accreditarla comunque tra gli interpreti autorevoli (o, forse, il più autorevole) della Costituzione.

La riportata interlocuzione conflittuale tra giurisdizioni, tuttavia, lungi dal rivelarsi un disvalore assoluto per l'ordinamento giuridico dello Stato conferma di contro una vitalità e capacità responsiva dei diritti costituzionali nel quadro di un pluralismo aperto degli interpreti della Costituzione<sup>19</sup>. In tale condizione è da rinvenirsi, dunque, una precipua virtù dell'ordinamento statale democratico, che gratifica e fomenta, anche attraverso il confronto e la dialettica tra opzioni

---

<sup>18</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1994, p. 75 ss.

<sup>19</sup> Così, v. per tutti P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *Juristen Zeitung*, 1975, p. 297 ss.

esegetiche concorrenti, la forza e capacità dei diritti in questione di apprestare un'adeguata e ragionevole tutela alle posizioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo. Da ciò consegue, tra l'altro, la debolezza metodologica e funzionale di ogni impostazione dogmatica che attenda alla individuazione di *un* custode della Costituzione<sup>20</sup> riservando poi un tale attributo ai soli organi (Capo dello Stato, Corte costituzionale) titolari dell'indirizzo politico costituzionale<sup>21</sup>. L'effetto di una difesa della Costituzione risiede piuttosto nel dato strutturale-organizzativo di un pluralismo dei soggetti -politici, istituzionali e sociali- dell'ordinamento democratico chiamati ad osservare e rendere effettiva la forza normativa dei suoi singoli disposti. A ciascuno di tali soggetti spetta il compito di rendere viva e attuale la Costituzione preservandola da involuzioni o -peggio ancora- deformazioni assiologiche e normative in senso stretto. La vivacità dialettica della giurisprudenza di merito, in particolare, si configura come un argine ulteriore contro ogni restrizione della portata garantista dei diritti fondamentali e, con essa, di una potenziale violazione della primaria vocazione personalista della Carta costituzionale, anche in rapporto alle scelte del potere democratico<sup>22</sup>.

Pur in presenza di un'incertezza di fondo sulla conformità a Costituzione dell'intera strategia emergenziale, entro cui viene a collocarsi anche la misura dell'obbligo vaccinale e della sospensione dei lavoratori renitenti, si può dire di essere ancora lontani dal celebrare il definitivo tramonto della valenza personalista e garantista della Costituzione vigente. Non può affermarsi, dunque, evocandosi il titolo di un saggio di Kyrill-Alexander Schwarz: "*Wir hatten eine Verfassung...*"<sup>23</sup> l'incapacità del diritto costituzionale come tale di frenare l'osservata trasformazione dei diritti fondamentali in mere prerogative di una condotta autorizzata dal potere. La sentenza del G.U.P. del Tribunale militare di Napoli,

---

<sup>20</sup> In tema, cfr. le opposte posizioni di C. Schmitt, *Die Hüter der Verfassung* (1931), 4. Aufl., Berlin, 1996; H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?* (1931), ora anche in R. C. Van Ooyen (Hrsg.), *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?*, Tübingen, 2008, p. 58 ss.

<sup>21</sup> ..secondo la ripartizione funzionale risalente a P. Barile. Cfr. P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubbl.*, XVIII ed., Milano, 20182, p. 236 ss.

<sup>22</sup> In merito al rapporto tra potere politico e giudice costituzionale, v. tra gli altri O. Lepsius, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in AA.VV., *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011, p. 159 ss.

<sup>23</sup> ...in AöR, 128 (2003), p. 134 ss.

come quella del giudice civile di Firenze, o, ancora, del Tar Abruzzo sono una riprova incontestabile della tenuta delle garanzie facenti capo allo Stato costituzionale di diritto, proprio con riguardo al senso della tutela di diritti fondamentali.

Nondimeno, un interrogativo finale, ben oltre lo specifico dell'emergenza sanitaria, non può non investire l'attualità del modello accentrato di giustizia costituzionale sancito nella Carta del '48. In un contesto in cui sempre di più la complessità delle fonti, nazionale e sovranazionale, che sanciscono la tutela dei diritti fondamentali (Costituzione, Carta UE) unitamente alla disciplina specifica prevista in molti Trattati internazionali, l'ordinarietà del conflitto tra interessi concorrenti all'interno delle società contemporanee sollecita un costante confronto con la sfera dei diritti fondamentali, che soprattutto il giudice di merito è tenuto a fare. Quest'ultimo, perciò, appare come il più adeguato ad operare quale garante dell'integrità e dell'osservanza di tali diritti, ben oltre gli effetti contingenti connessi alle proprie decisioni.

Avviare una critica sull'attualità di tale modello non equivale a esprimere un giudizio negativo sulla Corte costituzionale, solo, vale a determinare la funzionalità del primo anche alla luce delle aspettative e condizioni che derivano dall'esperienza contemporanea.