

Lineamenti della produzione normativa durante la pandemia. Approdi giurisprudenziali e profili di comparazione con l'esperienza tedesca

di Giampaolo Parodi

Abstract: *Aspects of the normative production during the pandemic. Case law points of arrival and comparative profiles with the German experience* - The article discusses some profiles characterizing law making during the pandemic emergency, especially from the perspective of judicial review. The Italian case is the subject of a privileged comparison with the German experience. The contribution focuses on the prevalence of sources of governmental origin, the relationship between central and peripheral normative authorities, and the role of medical-scientific authorities. Case law in both legal systems places the relationship between law and science at the center, both for the purpose of controlling the legitimacy of governmental measures to counter the epidemiological emergency and of the same legislative sources from which the former are provided for; and for the purpose of controlling the reasonableness and proportionality of restrictive measures, what has suggested some profiles of comparison also with regard to questions of constitutional legitimacy of the vaccination obligation.

Keywords: epidemiological emergency; sources of law; science-based law making; judicial review.

1. Introduzione

La produzione normativa nel periodo dell'emergenza pandemica è al centro di una discussione di eccezionale ampiezza, ormai assestata nell'individuazione di linee di tendenza condivise. Il presente contributo propone alcune chiavi di lettura volte, almeno nelle intenzioni di chi scrive, all'individuazione dei tratti che maggiormente, in tale periodo, hanno caratterizzato l'assetto delle fonti e i metodi della produzione giuridica.

Si tratta non solo della centralità, sempre rimarcata, delle fonti di origine governativa nei rapporti con la legge parlamentare e con la legge regionale, ma anche, e soprattutto, delle specifiche condizioni di legittimità di tale normazione, di rango sia primario che secondario, individuate dalla giurisprudenza, per un verso, nell'attendibilità scientifica delle premesse poste a fondamento delle misure restrittive; per un altro verso, nella rispondenza di queste ultime al principio di proporzionalità, nelle sue diverse scansioni.

Come anticipato, nell'esperienza italiana si segnala, anzitutto, una (ancor più) netta prevalenza delle fonti governative sulla legge¹, salvo una parziale riemersione del ruolo parlamentare attraverso l'attività emendativa dispiegata nel corso del procedimento di conversione dei decreti-legge², dei quali si è registrato un forte quanto prevedibile incremento, conforme, peraltro, alla fisionomia originaria dell'istituto³.

L'intervento parlamentare in sede di conversione ha evidenziato risvolti problematici non inediti⁴, in un quadro di più accentuato "monocameralismo alternato" con tendenziale esclusione, quindi, di interventi modificativi nel corso della seconda lettura⁵ e sistematico ricorso, da parte del Governo, alla presentazione di maxiemendamenti poi oggetto di questione di fiducia.

Nell'ambito della produzione normativa di origine governativa, accanto al decreto-legge, si è registrato un significativo ricorso ad atti amministrativi a contenuto generale, secondo l'opzione ricostruttiva, non incontestata⁶, privilegiata dalla giurisprudenza costituzionale per fare riferimento ai numerosi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati sulla base delle norme primarie sulla produzione giuridica introdotte in via d'urgenza.

Anche in esperienze nelle quali, come in Germania, il Parlamento ha potuto direttamente assicurare la base legislativa delle misure di contrasto affidate alla responsabilità dell'esecutivo centrale e delle autorità regionali, alcune controversie classificatorie hanno riguardato la natura, regolamentare o amministrativa generale, dei provvedimenti limitativi

¹ M. Luciani, *Salus*, Modena, 2022, p. 41, fa notare che la pandemia ha in realtà "accentuato vizi già conosciuti".

² Lo stesso Governo, o anche singoli ministri, durante l'iter della conversione trovano non di rado occasione per veicolare contenuti ulteriori (per lo più sotto forma di emendamento governativo o tramite relatore). Meno incisivo è lo strumento dell'ordine del giorno, al quale singoli parlamentari fanno talora ricorso in caso di non approvazione o ritiro di emendamenti.

³ In questo senso, sin dagli esordi, U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁴ Cfr. la lettera del Presidente della Repubblica inviata in data 23 luglio 2021 ai Presidenti del Senato, della Camera e al Presidente del Consiglio, in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto legge 25 maggio 2021, n. 73, nella quale si censura l'eterogeneità della legge di conversione derivante dall'introduzione di un numero elevatissimo di emendamenti non tutti riconducibili, come in diversi altri casi nel corso dell'emergenza sanitaria, alla *ratio* del provvedimento d'urgenza adottato dal Governo per assicurare a cittadini e imprese le necessarie misure di sostegno.

⁵ Cfr. il *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione, Quinto turno di Presidenza* (6 novembre 2021 – 5 settembre 2022), in <https://www.camera.it/temiap/2022/09/26/OCD177-5785.pdf>, p. 14. Si osserva peraltro che il cosiddetto monocameralismo alternato caratterizza la prassi parlamentare inerente a provvedimenti urgenti di varia natura, tra i quali anzitutto la legge di bilancio, e non solo a quelli attinenti all'emergenza epidemiologica.

⁶ Si consideri l'ampia discussione dottrinale sulla sentenza n. 198 del 2021 della Corte costituzionale, sulla quale si tornerà più avanti.

autorizzati dalla legge⁷.

Si vedrà più avanti come la previsione legislativa di misure limitative nella forma del d.P.C.m. abbia superato il vaglio della Corte costituzionale anche, e soprattutto, in considerazione dell'attitudine della fonte abilitativa a fornire criteri, specie di ordine tecnico, idonei a limitare, con il supporto di organi di consulenza scientifica, la discrezionalità dell'autorità di governo e a consentire la necessaria tutela giurisdizionale nei confronti delle misure adottate, secondo una soluzione organizzativa e procedimentale in larga parte comune nel panorama comparato.

Quanto ai rapporti tra livelli di governo, è ricorrente – a fronte di alcune significative esperienze di asimmetria virtuosa⁸ – la segnalazione di tendenze centripete, contrastate da più o meno occasionali protagonismi o rivendicazioni di parte regionale, al di là dei rituali appelli alla leale collaborazione, depotenziata nei suoi aspetti formali e procedurali a favore di momenti di consultazione semplificati ritenuti più adatti al frangente pandemico, nel quale “la tempestività della risposta all'evoluzione della curva epidemiologica è fattore decisivo ai fini della sua efficacia”⁹.

La normazione dell'emergenza si connota poi sotto un ulteriore profilo, fortemente caratterizzante, che la dottrina, non solo italiana, ha ricondotto all'inesaurita discussione sui rapporti tra diritto e scienza e al ruolo degli organi tecnico-scientifici con funzioni consultive, insediati *ad hoc* accanto ad agenzie e autorità indipendenti dotate anche di poteri di regolazione e di amministrazione attiva, i cui atti hanno impegnato le autorità giurisdizionali chiamate a precisare in corso d'opera modalità e limiti del sindacato¹⁰.

Quanto sinteticamente premesso trova riscontro in una giurisprudenza orientata a confermare la sostanziale “tenuta”, sul piano costituzionale, del sistema delle fonti durante l'emergenza, giustificando anzitutto la scelta centripeta del legislatore nazionale, ricondotta al secondo comma dell'articolo 117 della Costituzione¹¹; riconoscendo natura strettamente attuativa del disposto legislativo alle misure (destinate ad essere) adottate con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, assimilati ad atti amministrativi generali tendenzialmente “necessitati”¹²; escludendo la violazione della riserva (di legge e) di giurisdizione in materia di restrizioni della libertà personale ad opera dei provvedimenti dell'autorità

⁷ Cfr. G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *Osservatorio Emergenza Covid-19*, aggiornato al 31 marzo 2020, a cura di L. Cuocolo, in *federalismi.it*. Su questo aspetto si tornerà *sub* 4.1.

⁸ F. Palermo, *Principio di sistema o intralcio al decisore: l'asimmetria territoriale alla prova dell'emergenza*, in *DPCE On line*, 2022.

⁹ Corte cost., sent. n. 37 del 2021.

¹⁰ Si pensi alle autorità del farmaco, sulle quali si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a G. Parodi, *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 2/2021.

¹¹ Corte cost., sent. n. 37/2021.

¹² Corte cost., sent. n. 198/2021.

sanitaria autorizzata dal legislatore a disporre misure di quarantena¹³; affermando la proporzionalità dell'obbligo vaccinale legislativamente disposto a carico di alcune categorie professionali o per l'accesso a taluni percorsi formativi o strutture¹⁴.

Si può sin d'ora aggiungere che alcune delle costanti registrate dall'analisi giuridico-costituzionale segnano una linea di parziale continuità nel passaggio dalla legislazione dell'emergenza sanitaria a quella sulla *governance* e l'attuazione del PNRR, che costituisce il principale strumento di gestione della fase post-emergenziale.

Si tratta di cicli della produzione normativa per molti aspetti connessi, non solo sul piano dell'avvicendamento cronologico, peraltro incompiuto e tuttora in corso, se non altro per la perdurante allerta che la circolazione e le mutazioni del virus ancora impongono, seppure in forma decisamente attenuata. Si osserva infatti in entrambi i contesti normativi la centralità del ricorso a qualificate competenze tecnico-scientifiche; la faticosa ricerca di un equilibrio tra interessi unitari e coinvolgimento dei soggetti periferici, declinando in termini inediti il principio di leale collaborazione¹⁵; la perdurante tendenza – o, meglio, aspirazione¹⁶ – alla semplificazione normativa e amministrativa¹⁷.

Il riassetto del sistema delle fonti in relazione alla vicenda pandemica è analizzato in queste pagine nell'angolazione privilegiata della giurisprudenza, costituzionale e amministrativa, chiamata a controllare la legittimità – in riferimento ai principi sulla produzione giuridica – delle misure restrittive previste dalla legislazione dell'emergenza, di rango primario e secondario.

2. La prevalenza delle fonti di origine governativa

Secondo un'opinione non isolata, nel corso della pandemia si è assistito ad un uso "disinvolto" delle fonti¹⁸, nel quadro di un sistema *sui generis* costruito

¹³ Corte cost., sent. n. 127/2022.

¹⁴ Corte cost., sentt. n. 14 e 15/2023. La sent. n. 16/2023, dichiara invece l'inammissibilità delle questioni sollevate per lamentare l'irragionevolezza della sospensione, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale, dall'esercizio professionale degli esercenti professioni sanitarie pur in assenza di contatti personali.

¹⁵ In argomento, M. Cecchetti, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022; M. F. De Tullio, *Diritti, vincoli di bilancio, ripresa economica tra miraggio e realtà*, Napoli, 2022, p. 219 ss.

¹⁶ Su questo aspetto cfr. l'articolata lettura critica della normazione prodotta durante l'emergenza sanitaria proposta, unitamente ad una puntuale riflessione sulle politiche di semplificazione previste in funzione attuativa del PNRR, da M. Bertolissi, *Il mito del buon governo*, Napoli, 2022, spec. p. 294 ss.

¹⁷ Sugli evocati profili di continuità e discontinuità C. B. Ceffa, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in www.federalismi.it, n. 24/2022.

¹⁸ P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

attraverso il ripetuto ricorso alla decretazione d'urgenza. Il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati aveva formulato al riguardo rilievi di ordine formale, sovente inascoltati¹⁹, anche in considerazione dei ritmi sincopati cui erano sottoposti gli uffici legislativi dei ministeri, soprattutto nel primo anno successivo alla deliberazione dello stato di emergenza.

Talora si imputa il denunciato disordine delle fonti anche all'assenza, nel nostro ordinamento, di clausole costituzionali volte a predisporre una strumentazione normativa derogatoria per l'emergenza²⁰. È noto tuttavia che non sono mancati, in ambito europeo, casi di gestione della crisi pandemica affidata all'esecutivo alle condizioni e nei termini stabiliti dal legislatore ordinario, attraverso una disciplina *ad hoc*, pur in presenza di previsioni costituzionali espressamente destinate ad attivare poteri speciali per le situazioni di emergenza²¹, secondo una tendenza non isolata subito evidenziata dai comparatisti²².

In altri ordinamenti, come in Germania, l'emergenza è stata affrontata nella fase iniziale sulla base di una legislazione specifica già in vigore, associata a piani pandemici di recente aggiornati. La legge tedesca sulla protezione dalle malattie infettive del 2001 (*Infektionsschutzgesetz*), prima di essere ampiamente integrata con due importanti leggi del 2020²³, abilitava infatti l'autorità amministrativa a interventi restrittivi in virtù della generica previsione di "misure necessarie" (*notwendige Schutzmaßnahme*) da adottare in presenza di situazioni di rischio²⁴.

Quasi subito tali misure sono state estesamente disciplinate e

¹⁹ G. L. Conti, *La crisi dello "Stato moderno" e l'emergenza pandemica: appunti sul ruolo delle Camere nella lotta contro il coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

²⁰ Sull'assenza in Costituzione di una "disciplina dell'emergenza" e le sue implicazioni cfr. R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 3/2020, p. 513 ss.

²¹ In Francia, in particolare, l'art. 16 della Costituzione non è stato ritenuto idoneo, specie per la natura dei presupposti giustificativi, a fornire una base giuridica per affrontare adeguatamente l'emergenza sanitaria, oggetto di una serie di leggi ordinarie (non organiche) istitutive dell'*état d'urgence sanitaire*, sulle quali cfr. P. Milazzo, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020; F. Camillieri, *L'État de droit in Francia tra diritti individuali e interesse generale*, in R. Tarchi, A. Gatti (a cura di), *Il Rule of Law in Europa*, Collana di studi di *Consulta OnLine*, 2023, 81 ss.

²² Cfr. A. Vendaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE Online*, n. 2/2020.

²³ In particolare, *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite Vom 27. März 2020*; *Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite Vom 18. November 2020*.

²⁴ L'adozione delle prime misure restrittive sulla base della clausola generale sopra richiamata, la quale fa riferimento a misure contenutisticamente e temporalmente limitate, nel rispetto del principio di proporzionalità (da disporre "*soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist*"), è stata considerata tollerabile sul piano costituzionale anche in considerazione dell'assoluta novità e imprevedibilità del fenomeno pandemico da S. Rixen, *Gesundheitsschutz in der Corona-Krise*, in *NJW*, 2020, p. 1097 ss., secondo una chiave di lettura non isolata.

“tipizzate” dalle citate leggi di modifica²⁵ secondo un modello di intervento legislativo federale ritenuto necessario anche in considerazione dell’inidoneità delle soluzioni costituzionalmente previste in caso di catastrofe naturale (*Naturkatastrophe*) e disastro (*Unglücksfall*)²⁶. Tale modello ha consentito l’emanazione di provvedimenti di prevenzione e contrasto dell’epidemia di notevole incisività, poi superati con l’abrogazione, nel 2022, delle previsioni di maggiore impatto, non più giustificate (nonostante il numero ancora elevato di contagi) dopo la cessazione della fase acuta, ferme le competenze dei *Länder* a fronte di una diffusione locale del virus, anche dopo l’allentamento delle misure²⁷.

Nel nostro scenario normativo, l’inadeguatezza dei poteri di ordinanza attribuiti dalla legge al Ministro della salute²⁸ e soprattutto, dal codice della protezione civile²⁹, al Capo dipartimento della protezione civile oltre che al Presidente del Consiglio dei ministri³⁰, ha reso necessario dotare quest’ultimo di poteri ulteriori, secondo uno schema abilitativo in buona misura inedito³¹ e preordinato, almeno nella prima fase, a porre al centro atti normativi adottati nella forma del d.P.C.m.; provvedimenti, questi ultimi, di incerta natura, anche in considerazione dell’estrema difficoltà di delineare il confine tra normazione regolamentare e atti amministrativi a contenuto generale³², ciò che ha rappresentato un problema, non solo classificatorio, anche nell’esperienza tedesca³³, nella quale l’*Allgemeinverfügung*³⁴ ha rappresentato lo strumento normale di attuazione della disciplina legislativa dell’emergenza³⁵.

²⁵ Cfr. in particolare gli articoli 28 a. e 28b, sulle misure di prevenzione e contrasto; gli artt. 20 b, 20 c, 22 a e 60, in materia vaccinale, tutti introdotti dalle leggi di modifica sopra citate.

²⁶ Cfr. in particolare l’art. 35, c. 3, GG, sul quale si rinvia a P. Thielbörger, *Die Pandemie aus der Perspektive von Bundesstaats- und Demokratieprinzip*, in P. Thielbörger, S. R. Lüder (Hrsg.), *Die COVID-19-Pandemie als Herausforderung an das Völkerrecht, das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht*, cit., p. 100 ss.

²⁷ Per un’analisi della legislazione di modifica dell’*Infektionsschutzgesetz*, sino alla legge di abrogazione e allentamento delle misure del 18 marzo 2022 (*Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften*), cfr. P. Thielbörger, *Die Pandemie aus der Perspektive von Bundesstaats- und Demokratieprinzip*, cit., p. 105 ss.

²⁸ Art. 32, primo comma, legge n. 833 del 1978.

²⁹ Art. 25, c. 1, d. lgs. n. 1 del 2018.

³⁰ Art. 5, c. 1, Codice della protezione civile.

³¹ Sebbene riferita alla prima fase dell’emergenza, rimane del tutto persuasiva l’analisi di U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, cit.

³² Riferimenti in G. Parodi, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012, p. 323 ss.

³³ Riferimenti in E. Buoso, C. Fraenkel-Haeberle, *La Germania alla prova del coronavirus tra Stato di diritto e misure emergenziali*, in *federalismi.it*, n. 20/2020, p. 99.

³⁴ § 35 *VwVfG*: “*Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft*”.

³⁵ Anche in Germania, con la locuzione “*adressatenbezogene Allgemeinverfügung*”, si fa riferimento ad atti indirizzati ad una pluralità di destinatari eventualmente indeterminati nel provvedimento, ma determinabili (*bestimmbar*), secondo

Apparentemente, il nostro sistema normativo in materia di protezione civile non è apparso sufficiente, in parte, per la carente base legislativa a sostegno delle prevedibili quanto inevitabili misure limitative di portata generale, poi disposte con decreto-legge (talora direttamente, talaltra per il tramite di successivi d.P.C.m.) in materie coperte o lambite da riserve di legge, anche assolute³⁶; in parte per la trama, prevista dal codice della protezione civile, di procedure cooperative, anche di intesa, a garanzia dell'autonomia regionale, percepite come fattore di rallentamento incompatibile con l'esigenza di speditezza e immediata applicazione delle misure³⁷.

È noto d'altro canto che la tecnica di normazione affidata a catene di decreti-legge disciplinanti misure prioritariamente rimesse, nella loro definizione concreta, a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, ha ottenuto l'avallo della Corte costituzionale (sentenza n.198 del 2021³⁸), quanto meno nella versione successiva al primo decreto-legge (n. 6 del 2020), connotato da alcune innegabili criticità.

Si trattava di forzature dovute all'urgenza di provvedere, in parte corrette dalla successiva produzione normativa di fonte governativa³⁹, prima che il Governo si risolvesse ad affidare alla decretazione d'urgenza contenuti

un'impostazione che, pure rispetto alle misure di prevenzione e contrasto alla *Corona-Pandemie*, ha sollevato difficoltà di delimitazione rispetto alla diversa categoria delle norme regolamentari (*Rechtsverordnungen*), come si osserva in H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2020, p. 221.

³⁶ Cfr. il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, che all'art. 2, c. 1, prevede che con d.P.C.m. “possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, una o più tra le seguenti misure: a) limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni”. Segue un lungo elenco di ulteriori misure emergenziali.

³⁷ Contesta l'impostazione derogatoria del Codice della protezione civile A. Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

³⁸ I commenti a questa sentenza sono stati in larga misura critici. Tra i tanti, cfr. M. Cavino, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in www.federalismi.it, 2021, n. 25; A. Morelli, *Le “convergenze parallele” dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: “stato di emergenza” e “stato di necessità” alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2021, n. 3; M. Rubechi, *I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in www.federalismi.it, 2021, n. 27; A. Saitta, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in www.giurcost.org, 2021, n. 3; M. Francaviglia, *Il sistema dei d.P.C.m. al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in www.diritticomparati.it.

³⁹ Sul decreto-legge n. 6 del 2020, tra le tante letture critiche, cfr. G. Di Cosimo, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

normativi più specifici e misure di immediata applicazione, senza l'intermediazione di successivi d.P.C.m.⁴⁰.

Il ricorso al decreto-legge ha, dal canto suo, posto una serie di problemi, specialmente sotto il profilo intertemporale⁴¹, tollerati, talora anche a discapito della certezza dei rapporti giuridici, in considerazione delle particolari circostanze del provvedere⁴².

Tra le “cattive prassi” registrate dal Comitato per la legislazione della Camera vanno segnalate anzitutto la “confluenza”, in un nuovo decreto-legge, di decreti contestualmente abrogati prima della scadenza del termine per la conversione, con esiti di sovrapposizione di provvedimenti d'urgenza⁴³ e interferenza nel potere parlamentare di conversione, di per sé attivabile anche al solo scopo di convertire in legge le disposizioni abrogate *ex nunc*, limitatamente al periodo compreso tra l'entrata in vigore del decreto abrogato e l'abrogazione intervenuta prima della decadenza per mancata conversione.

Non episodica, in effetti, è stata la prassi dell'abrogazione o modifica esplicita di decreti-legge in corso di conversione ad opera di decreti-legge successivi⁴⁴; e talora si è altresì verificata la soppressione, in sede di conversione, di disposizioni di decreto-legge abrogative di disposizioni di altro decreto-legge⁴⁵.

In caso di abrogazione di decreti-legge non ancora decaduti con legge di conversione di un successivo decreto, quest'ultima, di norma, ha disposto

⁴⁰ Cfr. ad esempio C.S., III, decreto n. 2493 del 2021, sulla esclusione, affermata in via interpretativa con circolare ministeriale, della riapertura del c.d. settore della ristorazione privata da svolgere con servizio *catering*, ritenuta conforme alla lettera dell'art. 4, d.l. n. 52 del 2021.

⁴¹ Le richiamate anomalie caratterizzano più che altro la prassi italiana, non trovando significativo riscontro negli ordinamenti nei quali è prevista e si è fatto ricorso alla decretazione d'urgenza. Sull'esperienza spagnola, dove i problemi di diritto intertemporale sono meno evidenti anche in considerazione del più breve termine previsto per la convalida dall'art. 86 Cost., cfr. V. Piergigli, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti*, in *DPCE Online*, n. 2/2020, la quale si sofferma sui rapporti tra decretazione d'urgenza e dichiarazione dello stato di allarme a norma dell'art. 116 della Costituzione spagnola e della legge organica n. 4/1981. In argomento anche M. Carrillo, *Diritto di eccezione e sistema costituzionale in Spagna di fronte alla pandemia da COVID-19*, in *costituzionalismo.it*, n. 2/2021.

⁴² Cfr. anzitutto la già ricordata lettera del Presidente della Repubblica del 23 luglio 2021.

⁴³ Cfr. il Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione, Quinto turno di Presidenza (6 novembre 2021 – 5 settembre 2022), cit.

⁴⁴ Riferimenti alla prassi sui “decreti a perdere” in C. Domenicali, *La prassi nella decretazione d'urgenza: le catene dei decreti minotauro durante l'emergenza pandemica*, in L. Bartolucci, L. Di Majo (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli, 2022, p. 43 ss.

⁴⁵ Su questi aspetti, E. Rossi, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

la salvezza degli effetti prodotti dai primi⁴⁶. Non si rinvencono peraltro pronunce del Giudice costituzionale di segno ostativo, sebbene siano stati avanzati dubbi, anche dal predetto Comitato, in ordine alla possibilità, per la legge di conversione di un diverso decreto-legge, di regolare i rapporti giuridici sorti sulla base di un precedente decreto non convertito⁴⁷; mentre più problematica è apparsa la proroga generalizzata, disposta in sede di conversione, del termine per esercitare plurime deleghe legislative in scadenza⁴⁸. Ancora diverso, infine, è stato il caso di disposizioni introdotte in via d'urgenza rinviati a disposizioni di decreti-legge in corso di conversione⁴⁹.

3. I rapporti tra centro e periferia

Le espresse attribuzioni regionali in materia di protezione civile e tutela della salute – marginalizzate dalla sentenza n. 37 del 2021 della Corte costituzionale, che ha ritenuto prevalente, anzi “assorbente”⁵⁰, la competenza relativa alla profilassi internazionale⁵¹ – e le ulteriori funzioni regionali costituzionalmente previste hanno, probabilmente, indotto a derogare al vigente dispositivo di protezione civile (peraltro non estraneo al rischio

⁴⁶ È ad esempio il caso dell'art. 1, c. 2, della legge n. 27/2020, di conversione del decreto-legge n. 18/2020, dove si stabilisce che “I decreti-legge 2 marzo 2020, n. 9, 8 marzo 2020, n. 11, e 9 marzo 2020, n. 14, sono abrogati. Restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge 2 marzo 2020, n. 9, 8 marzo 2020, n. 11, e 9 marzo 2020, n. 14”. Si tratta dei primi interventi d'urgenza volti a regolare il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini processuali dei procedimenti civili pendenti presso gli uffici giudiziari con giurisdizione sui comuni più colpiti dal COVID-19.

⁴⁷ In alcune occasioni, la giurisprudenza (cfr. ad esempio le sentenze n. 237/2013 e n. 173/2019) sembra aver implicitamente ammesso che la legge di conversione di un decreto-legge disciplini i rapporti giuridici sorti sulla base di un decreto-legge decaduto.

⁴⁸ Cfr. N. Lupo, *La proroga “innominata” delle deleghe legislative in scadenza. A proposito dell'art. 1, comma 3, della legge n. 27 del 2020 (di conversione del decreto-legge n. 18 del 2020)*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁴⁹ L'art. 36 del decreto-legge n. 23/2020 aveva disposto la proroga all'11 maggio 2020 del termine (15 aprile) previsto dall'art. 83 del precedente decreto-legge n. 18/2020 per delimitare il periodo di applicazione della disciplina temporanea di rinvio delle udienze e sospensione dei termini processuali.

⁵⁰ Punto 7 del *Considerato in diritto*. In argomento, D. Morana, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021; M. Mezzanotte, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consultaonline*, n. 1/2021.

⁵¹ La controversa ascrizione del contrasto all'emergenza pandemica alla competenza legislativa statale in materia di profilassi internazionale è stata ribadita dalla sentenza n. 164 del 2022 della Corte costituzionale che, in sede di definizione di un conflitto di attribuzione sollevato dalla Provincia Autonoma di Bolzano ha confermato il carattere recessivo della competenza provinciale in tema di tutela della salute (sentenza n. 37 del 2021”).

igienico-sanitario⁵²), il quale, proprio in considerazione delle attribuzioni regionali coinvolte, avrebbe imposto troppo gravose procedure di raccordo⁵³.

I decreti del Presidente del Consiglio hanno così assunto un ruolo primario, mentre i menzionati poteri di ordinanza e i provvedimenti di competenza dei sindaci e dei presidenti di Regione (o Provincia autonoma) hanno trovato applicazione “nelle more” dell’adozione dei primi in regime di cedevolezza⁵⁴ o si sono comunque affiancati ai provvedimenti governativi⁵⁵ con esiti di incertezza e, non di rado, di imprevedibilità delle conseguenze, in particolare sanzionatorie, dei comportamenti individuali⁵⁶. In alcuni casi, peraltro, gli stessi d.P.C.m. rinviavano a poteri di ordinanza delle autorità locali⁵⁷.

I rapporti tra i livelli di governo si sono così caratterizzati per l'accantonamento delle garanzie cooperative “forti”, affidate all’intesa nella sede interistituzionale o con la Regione interessata, a vantaggio di procedure consultive orientate a privilegiare la Conferenza delle Regioni, tramite il suo Presidente, che i decreti-legge indicavano al Governo quale unico interlocutore da “sentire”⁵⁸.

⁵² Cfr. art. 16, c. 2, d. lgs. n. 1 del 2018.

⁵³ Sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni durante lo stato di emergenza, oltre alla citata sent. n. 37/2021, dichiarativa dell’illegittimità della legge della Regione autonoma Valle d’Aosta recante misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2, e alla precedente ord. n. 4/2021, che accoglie l’istanza di sospensione della legge regionale impugnata, cfr. le sentenze n. 139/2021; 167/2021; 228/2021; 241/2021; 245/2021; 262/2021; 5/2022; 21/2022; 23/2022. In particolare, sul potere sostitutivo statale, sent. n. 168/2021; sulla leale cooperazione in cabina di regia, sent. n. 229/2021.

⁵⁴ Sulla natura interinale del potere di ordinanza regionale, *ex plurimis*, T.a.r. Campania, Napoli, V, sentenza 16 giugno 2021, n. 4127. Cfr. però il decreto del Presidente del T.A.R. Piemonte, I, n. 580/2020, che ammette misure regionali più restrittive in materia scolastica; in senso analogo T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 9.11.2020, n. 2025.

⁵⁵ Per una ricostruzione completa della produzione normativa nel primo anno dell'emergenza cfr. A. Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit.

⁵⁶ Cfr. M. Picchi, *Il potere “punitivo” delle Regioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

⁵⁷ Cfr. ad esempio il d.P.C.m. 26 aprile 2020, art. 1, c. 1, lett. d), che prevedeva: “è vietata ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici e privati; il sindaco può disporre la temporanea chiusura di specifiche aree in cui non sia possibile assicurare altrimenti il rispetto di quanto previsto dalla presente lettera”.

⁵⁸ Ove riesca ad esprimere una sintesi unitaria, la Conferenza delle Regioni può risultare politicamente incisiva e forse destinata a consolidare in futuro il suo ruolo di interlocutore privilegiato dell’esecutivo nazionale (nella perdurante inattuazione dell’articolo 11 della legge cost. n. 3 del 2001) come storicamente accade in Austria attraverso la Conferenza dei Presidenti dei *Länder*, vero e proprio “*Macht im Schatten*” del sistema politico, sul quale A. Gamper, *The Austrian Bundesrat*, in J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi (a cura di), *A World of second Chambers*, Milano, 2006; J. Woelk, *I sistemi federali di Germania e Austria alla prova dell'emergenza pandemica*, in *DPCE online*, n. spec. 4/2022, p. 339.

La previsione del parere del Presidente della Conferenza si è rivelata tuttavia inadeguata ad assicurare la leale collaborazione e l'efficiente coordinamento degli interventi durante l'emergenza epidemiologica, sia per il carattere indiretto dell'informativa, trasmessa dal Presidente agli altri componenti, sia per lo scarso anticipo nella trasmissione da parte del Governo, ove prevista, degli schemi di provvedimento in via di perfezionamento⁵⁹.

Tale quadro parzialmente derogatorio degli istituti ordinariamente destinati ad assicurare la cooperazione⁶⁰ va ricondotto al carattere assorbente della competenza statale esclusiva in materia di profilassi internazionale⁶¹; al conseguente accantonamento del ricorso allo strumento dell'assunzione in sussidiarietà (comunque inidoneo per le reiterate concertazioni inerenti alla necessaria procedura di intesa); alla centralità della decretazione d'urgenza, per sua natura incompatibile con le procedure collaborative⁶².

L'assetto descritto ha determinato, o quanto meno non impedito, un certo grado di conflittualità⁶³, per lo più a seguito di ordinanze di presidenti di Regione (anticipatorie o) derogatorie della normativa nazionale⁶⁴, spesso oggetto di istanze cautelari del Presidente del Consiglio dei ministri rivolte al giudice amministrativo affinché, per lo più in composizione monocratica, provvedesse alla sospensione del provvedimento regionale o locale impugnato⁶⁵.

I difetti di sistema che anche durante l'emergenza sanitaria hanno reso per un verso conflittuali, per un altro inefficienti i rapporti tra centro e periferia vengono in larga misura imputati ai noti limiti strutturali della nostra architettura costituzionale, come modificata nel 2001. Si tratta di limiti che in particolare l'esperienza tedesca consente di cogliere in

⁵⁹ Cfr. E. Catelani, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020.

⁶⁰ Si tratta degli strumenti (accordi, intese, pareri) disciplinati dal decreto legislativo n. 281 del 1997.

⁶¹ Corte cost., sent. n. 37 del 2021.

⁶² Corte cost., sent. n. 79 del 2011, punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁶³ Cfr. E. Longo, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

⁶⁴ *Ex plurimis*, T.a.r. Campania, Napoli, V, dec. 10 gennaio 2022, n. 19, che in sede cautelare monocratica ha sospeso l'ordinanza del Presidente della Giunta Regionale della Campania n. 1 del 7 gennaio 2022, impugnata nella parte in cui disponeva la temporanea sospensione dell'attività in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado in tutte le scuole della Regione. Cfr. anche T.a.r. Campania, Napoli, V, sentenza 16 giugno 2021, n. 4127, che ha censurato l'ordinanza del Presidente della Giunta regionale che aveva sottoposto a *screening* obbligatorio (test sierologico o tampone) il personale scolastico.

⁶⁵ Cfr. ad esempio, e in particolare, T.a.r. Sicilia, Palermo, III, dec. 27 agosto 2020, n. 842, che ha sospeso l'ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Regione n. 33 del 22 agosto 2020 che ordinava l'immediato sgombero degli *hotspot* e dei Centri di accoglienza dei migranti, con trasferimento in altre strutture fuori dal territorio della Regione.

controluce, sulla scorta di una serie (non esaustiva) di profili di comparazione.

La legislazione concorrente (articoli 72 e 74 GG) come collaudato strumento di affermazione del principio unitario in luogo della forzatura dei titoli di competenza; il federalismo di esecuzione (articoli 83 e 84 GG) in luogo del regionalismo “a tre motori” delineato nel 2001 sulla spinta delle riforme a Costituzione invariata di poco precedenti⁶⁶; l’incomparabilmente solida tradizione cooperativa e negoziale hanno, evidentemente, segnato la differenza, consentendo di assorbire in buona misura le tensioni tra livelli di governo, che pure non sono mancate.

Pur in presenza degli elementi di asimmetria introdotti con la novella costituzionale del 2006⁶⁷, la forma di stato tedesca rimane il paradigma di un federalismo cooperativo, solidale, di esecuzione (*Exekutivföderalismus*)⁶⁸. Tale assetto ha retto alla prova dell'emergenza⁶⁹ al di là delle inevitabili discussioni sulla difficoltà di coniugare, anche in Germania, garanzie cooperative ed esigenze di tempestività degli interventi normativi, oggetto di un coordinamento necessario ma talora percepito, specie in ambito politico, alla stregua di un “ostacolo” sulla via del contenimento della curva epidemica⁷⁰.

Sin dall'inizio, in ogni caso, il *Bund* si è avvalso del principale strumento di affermazione degli interessi unitari, esercitando la *konkurrierende Gesetzgebung* (a norma degli articoli 72, I, e 74, I, n. 19, GG) per introdurre una compiuta disciplina della strumentazione emergenziale nella materia relativa alle misure contro le malattie infettive⁷¹. In particolare,

⁶⁶ G. F. Ferrari, *Il regionalismo a Costituzione invariata: lo stato dell'arte all'entrata in vigore del nuovo Titolo V*, in G.F. Ferrari, G. Parodi (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, 2003, p. 1 ss.

⁶⁷ Per i necessari riferimenti si rinvia a G. Parodi, “Sperimentazione” e asimmetria nella riforma del federalismo tedesco, in G. Cerrina Feroni, F. Palermo, G. Parodi, P. Ridola (a cura di), *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro. 60 Jahre Grundgesetz zwischen Herkunft und Zukunft*, Torino, Giappichelli, 2012; e Id., *Riforma del federalismo tedesco e riparto delle competenze legislative. Spunti per un primo bilancio*, in Ferrari, G. F., Moraldo, S. M. (Hrsg.), *Deutschland zwischen europäischer Integration und Souveränismus – La Germania tra integrazione europea e sovranismo. Konstitutionalismus 100 Jahre nach der Weimarer Verfassung und seit 70 Jahren Grundgesetz – Il Costituzionalismo a 100 anni dalla costituzione di Weimar e a 70 dalla Legge fondamentale*, Berlin, Springer, 2021, pp. 155-162.

⁶⁸ Di stato federale unitario ragionava Konrad Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1962.

⁶⁹ Sulle plurime ragioni che hanno determinato un minore impatto del virus (circolazione lievemente ritardata, composizione dei nuclei familiari, capacità di tracciamento, disponibilità di unità di terapia intensiva) cfr. J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”*, in *DPCE Online*, n. 2-2020, p. 1713 ss.

⁷⁰ Ricostruisce tale discussione P. Thielbörger, *Die Pandemie aus der Perspektive von Bundesstaats- und Demokratieprinzip*, cit., p. 111 ss.

⁷¹ L'art. 74, I, n. 19) GG fa riferimento tra l'altro a “Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten”.

la legge del 27 marzo 2020⁷² ha incluso tra i poteri attribuiti al ministero federale della salute, ferme restando le competenze dei *Länder*, quello di adottare regolamenti senza approvazione del Consiglio federale (*Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates*), dapprima “in relazione alla prevenzione e al contrasto delle malattie infettive” e successivamente in ordine a fattispecie di rilevanza epidemica nazionale più puntualmente delineate⁷³.

La predisposizione di una disciplina uniforme, attraverso l'estesa integrazione e la ripetuta modifica dell'*Infektionsschutzgesetz* e altri provvedimenti legislativi, soprattutto in funzione di sostegno dell'economia, non ha alterato gli assetti del federalismo di esecuzione che, anche nel frangente emergenziale, ha conservato la sua centralità in un quadro di gestione negoziata, soprattutto nel primo anno successivo alla dichiarazione dello stato di emergenza⁷⁴, attraverso sedi di coordinamento tra *Länder* (*Ministerpräsidentenkonferenz*⁷⁵) e di concertazione tra questi ultimi e il Governo federale (*Bund-Länder-Konferenz*⁷⁶).

Sulla base di accordi intergovernativi, le menzionate sedi di cooperazione orizzontale e verticale hanno assicurato, dopo una iniziale diversificazione, un certo grado di omogeneità nel contenuto degli interventi restrittivi, non preclusivo di adattamenti alla realtà territoriale⁷⁷, anche con riguardo alla severità e all'estensione temporale delle restrizioni e delle chiusure, in relazione all'evoluzione locale della curva dei contagi, ferma restando l'adozione, a livello regionale e locale, di ulteriori misure nell'esercizio dei poteri decentrati di polizia e di pubblica sicurezza⁷⁸.

Tale assetto ha conosciuto qualche contraccolpo a seguito della conflittualità politica che, durante la seconda ondata epidemica, ha reso più difficile il necessario raccordo delle misure, mentre alcuni hanno lamentato la natura intergovernativa degli strumenti informali di codecisione *Bund-Länder* e l'inadeguato coinvolgimento del *Bundestag* nel controllo

⁷² Con disposizione poi abrogata dalla successiva legge del novembre 2020, anch'essa modificativa della legge federale del 2001 sulla protezione dalle malattie infettive.

⁷³ Cfr. § 5 (1) *IfSG*. Sulle modifiche all'*IfSG* e sulle critiche avanzate in riferimento all'art. 80, c. 1, *GG*, sotto il profilo dei carenti limiti di contenuto alla potestà normativa delegata all'esecutivo, cfr. J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, cit., p. 1717 ss.

⁷⁴ Cfr. sempre il § 5 (1) *IfSG*.

⁷⁵ *Konferenz des Bundeskanzlers mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder*.

⁷⁶ F. Palermo, *Principio di sistema o intralcio al decisore: l'asimmetria territoriale alla prova dell'emergenza*, cit., p. 56.

⁷⁷ P. Thielbörger, *Die Pandemie aus der Perspektive von Bundesstaats- und Demokratieprinzip*, cit., p. 116 ss. In senso critico, S. Kropp, *Zerreißprobe für den Flickenteppich? Der deutsche Föderalismus in Zeiten von Covid-19*, in *VerfBlog*, 2020/5/26.

⁷⁸ S. R. Lüder, Ch. Schönenborn, *Der Beitrag der Gefahrenabwehr bei der Bewältigung der Krise*, in P. Thielbörger, S. R. Lüder (Hrsg.), *Die COVID-19-Pandemie als Herausforderung an das Völkerrecht, das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht*, cit., p. 81 ss.

sull'attività di governo⁷⁹.

Un più incisivo, seppur temporaneo, accentramento delle competenze si è avuto poi in occasione della previsione delle misure (fortemente) limitative della libertà di circolazione e dei contatti interpersonali (*Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen*), nonché di chiusura delle scuole (*Schulschließungen*), destinate a trovare applicazione al superamento di determinati valori soglia inerenti al numero dei contagi, con possibilità, per i *Länder*, di rendere più severe le restrizioni a livello territoriale, anche (e soprattutto) subregionale, secondo una logica di diversificazione in parte analoga a quella seguita in Italia durante la ripartizione in zone del territorio nazionale⁸⁰.

Si tratta del (controverso) “freno di emergenza” (*Bundesnotbremse*), anch'esso previsto, nel 2021, tramite ulteriore modifica dell'*Infektionsschutzgesetz*⁸¹ con disposizioni in larga parte autoapplicative e, in quanto tali, di fatto fortemente riduttive del dominio costituzionalmente riservato all'amministrazione periferica, oltre che svincolato dalle normali garanzie collaborative⁸². Tale meccanismo, abrogato al momento della cessazione dello stato epidemico nazionale, ha superato un approfondito scrutinio di costituzionalità articolato in due decisioni del 2021 pronunciate su ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*). Il Tribunale costituzionale federale ha escluso tanto la violazione delle attribuzioni dei *Länder*⁸³ – anche sotto il profilo della mancata approvazione da parte del Consiglio federale⁸⁴ – quanto la contrarietà al principio di proporzionalità, parametro analiticamente declinato in tutte le sue implicazioni, sia con riguardo alle misure limitative dei contatti sociali⁸⁵ sia con riferimento al divieto di

⁷⁹ H. P. Aust, *Im Auftrag des Bundes: Ein Vorschlag zu einer föderalismusfreundlichen Zentralisierung des Infektionsschutzes*, *VerfBlog*, 2020/12/15, <https://verfassungsblog.de/im-auftrag-des-bundes>.

⁸⁰ Cfr. J. Woelk, *I sistemi federali di Germania e Austria alla prova dell'emergenza pandemica*, cit., p. 345 ss.

⁸¹ Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021.

⁸² Cfr. P. Thielbörger, *Die Pandemie aus der Perspektive von Bundesstaats- und Demokratieprinzip*, cit., p. 119 ss. Riferimenti alla discussione dottrinale tedesca, per lo più critica nei riguardi della *Bundesnotbremse*, anche in Y. M. Citino, *La parentesi del 'freno d'emergenza' del federalismo tedesco in epoca pandemica*, in *NOMOS*, n. 1/2022, p. 1 ss.

⁸³ Escludendo, tra l'altro – *BVerfG, Bundesnotbremse I*, par. 131 – la riconducibilità delle misure limitative, anche per la parte sanzionatoria, alla competenza residuale di cui all'art. 70 GG e all'ambito della prevenzione generale dei pericoli (*allgemeines Gefahrenabwehrrecht*).

⁸⁴ La *Föderalismusnovelle* del 2006 ha notevolmente ridotto le ipotesi di *Zustimmung* del *Bundesrat* ma, in materia finanziaria, ha previsto una importante ipotesi di necessaria approvazione da parte del Consiglio federale, per l'adozione delle leggi federali che introducono oneri finanziari nei confronti dei *Länder* (art. 104a, c. 4). Nelle pronunce citate di seguito, il *BVerfG* ha tuttavia escluso la necessità dell'approvazione del *Bundesrat* relativamente alla disciplina della *Bundesnotbremse*.

⁸⁵ *BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 -1 BvR 781/21, 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21 -*

didattica in presenza⁸⁶.

In Italia come in altri ordinamenti composti, la gestione dell'emergenza pandemica ha evidenziato un ulteriore motivo di accentramento delle funzioni, rappresentato dall'elevata complessità tecnico-scientifica degli interventi⁸⁷. Si tratta di un profilo tra i più controversi, oggetto delle pagine che seguono.

4. Il ruolo delle autorità medico-scientifiche

Nel quadro sopra descritto, si è posto il problema dei rapporti tra diritto e scienza a livello sia legislativo che amministrativo, tanto in ambito nazionale quanto in ambito regionale e locale. Nei contributi a prima lettura sul diritto dell'emergenza pandemica si insiste in particolare sul ruolo crescente degli organi consultivi specializzati⁸⁸ e segnatamente del Comitato tecnico-scientifico (CTS)⁸⁹.

Nei più diversi settori⁹⁰, peraltro, la legislazione da tempo impone all'autorità la valutazione di presupposti giustificativi scientificamente controversi in vista dell'adozione, previa acquisizione di avvisi tecnici, di misure limitative, individuali o di regolazione, queste ultime per lo più affidate ad agenzie e autorità indipendenti e soggette ad un sindacato giurisdizionale più deferente⁹¹. Si tratta di valutazioni suscettibili di scrutinio giudiziale secondo gradi diversi di intensità e rigore, di volta in

Rn. (1 - 306), http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr078121.html (*Bundesnotbremse I*).

⁸⁶ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 - Rn. (1 - 222), http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr097121.html (*Bundesnotbremse I*).

⁸⁷ In tal senso S. Lieto, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022.

⁸⁸ Una ricognizione critica è proposta da C. Siccardi, *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Sul Comitato tecnico scientifico cfr. anche L. Del Corona, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022.

⁸⁹ A norma dell'art. 2, c. 1, ult. periodo, del d.l. n. 19 del 2020, "Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020".

⁹⁰ Cfr. S. Penasa, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, spec. p. 135 ss.

⁹¹ In C.S., Sez. VI, sent. n. 165 del 2016, si legge nondimeno che "La necessità di un sindacato intrinseco e forte ... rappresenta allora una forma di garanzia non solo per il privato, ma anche e prima ancora per l'Autorità, onde evitare che scelte regolatorie supportate da una adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultano, se guardate dall'esterno, di difficile comprensione". Sul controllo giurisdizionale degli atti regolatori, C. Contessa, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018.

volta precisati da una giurisprudenza in continuo assestamento.

L'assunto ricorrente secondo il quale la pandemia avrebbe determinato un rilevante spostamento di potere dagli organi politici a quelli dotati di una particolare *expertise* evoca almeno due ordini di questioni.

Per un verso, quello attinente ad eventuali patologie di funzionamento, denunciate soprattutto quando l'organo tecnico, deviando dallo schema legale, proceda surrettiziamente a valutazioni politiche, schermate da un'oggettività scientifica solo apparente, ovvero quando, dal canto suo, il decisore politico ricerchi in essa una giustificazione *ex post* di scelte compiute a monte⁹².

Per altro verso, quello relativo alla possibilità di individuare una linea di demarcazione tra valutazione tecnico-scientifica e decisione politica, quest'ultima, di norma, assunta all'esito di operazioni di bilanciamento.

Rinviando per la patologia alle necessarie indagini sociologiche⁹³, interessa in queste pagine proporre alcune considerazioni in merito al secondo ordine di questioni, di evidente rilievo costituzionale.

4.1 A) nel procedimento amministrativo

Dalle più risalenti pronunce della Corte costituzionale sino alla già citata sentenza n. 198 del 2021, l'adeguatezza dei criteri, anche di natura tecnica, previsti o sottintesi dalla legge per limitare la discrezionalità regolamentare e amministrativa, nonché l'effettività del controllo giudiziale esercitato sui provvedimenti attuativi, costituisce condizione di legittimità della stessa legge abilitante.

Sotto questo profilo, ai presenti fini va sottolineato che i requisiti attinenti alle garanzie procedurali e giurisdizionali, ancor prima che sul terreno sostanziale, rilevano sul piano delle norme sulla produzione giuridica nell'ambito delle materie coperte da riserve di legge, o soggette al

⁹² In argomento A. Iannuzzi, *Leggi "Science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BIOLAW JOURNAL Special Issue 1/2020*, spec. p. 119-134, il quale si sofferma sulla carente trasparenza del procedimento di composizione del Comitato tecnico-scientifico, anche a fronte dell'esperienza francese, nella quale il *Conseil scientifique* è stato previsto con legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020, istitutiva dello stato di emergenza sanitaria, la quale, tra l'altro, ha previsto il coinvolgimento parlamentare nella nomina di due componenti.

In Germania, la legge del 27 marzo 2020 stabilisce che il *Robert Koch-Institut* è l'autorità nazionale "per la prevenzione delle malattie infettive", incaricata del tempestivo riconoscimento e contenimento della diffusione delle infezioni. In campo vaccinale, il legislatore tedesco ha poi fondato le sue scelte anche sulla documentazione scientifica prodotta dal *Paul-Ehrlich-Institut*, l'autorità scientifica federale competente in materia di vaccini e farmaci.

⁹³ Sugli esiti di verticalizzazione e centralizzazione della "supremazia tecnica" affermatasi nel corso della gestione dell'emergenza sanitaria, dal punto di vista socio-politico, cfr. C. Giaccardi, M. Magatti, *Supersocietà. Ha ancora senso scommettere sulla libertà?*, Bologna, 2022, spec. p. 137 ss.

principio di legalità sostanziale⁹⁴.

Per ciò che attiene al ruolo delle autorità medico-scientifiche nei processi normativi durante l'emergenza, l'ampiezza del potere loro rimesso si misura non solo sul versante dei rapporti con il potere politico, come disciplinati dalla legge, ma anche nella relazione inversa con l'estensione del controllo giurisdizionale.

Nella più recente giurisprudenza amministrativa, tale controllo ha in alcuni casi conosciuto un'intensità accresciuta, ma, nel rispetto del principio di legalità della giurisdizione, non può spingersi oltre la (più o meno approfondita) verifica di attendibilità della valutazione dell'organo specializzato in riferimento ai parametri tecnico-scientifici ai quali la legge rinvia.

In altri termini, almeno laddove tali parametri non forniscano al giudice (pur nell'ambito di un sindacato "di maggiore attendibilità"⁹⁵) un criterio idoneo a giustificare la prevalenza dell'apprezzamento giudiziale sulla valutazione tecnica sottesa alla misura limitativa, tale valutazione rimane ferma, pur nel quadro di una giurisprudenza che all'*agency expertise* sempre meno sembra riconoscere la capacità di frenare la traiettoria giurisprudenziale indirizzata verso un sindacato di "piena giurisdizione", delineato a partire dalle pronunce della Corte EDU.

In assenza di un siffatto limite, di fronte alla pari opinabilità scientifica delle posizioni a confronto, le autorità amministrative e di governo sarebbero condannate all'inerzia, potendo deviare dall'"opzione zero" senza incorrere nel pieno riesame giudiziale solo a séguito dell'accertamento del presupposto giustificativo della misura restrittiva "al di là di ogni ragionevole dubbio"; in termini, peraltro, non coerenti con la scelta legislativa di coinvolgere nel procedimento un organo specializzato (e, almeno nella delineazione normativa, politicamente neutrale) chiamato ad applicare parametri tecnici non "esatti".

Né, tantomeno, un sindacato di tipo sostitutivo sarebbe compatibile con l'attribuzione all'autorità del compito di intervenire, all'occorrenza, secondo i principi di prevenzione e precauzione⁹⁶, la cui applicazione nel caso

⁹⁴ Nella nota sentenza n. 115/2011, il giudice costituzionale ha riproposto in termini generali una concezione rigorosa del principio di legalità sostanziale, a partire dall'affermazione della "imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto".

⁹⁵ Riferimenti all'evoluzione giurisprudenziale in G. Parodi, *Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'AGCM dopo il decreto legislativo sul private enforcement. Questioni interpretative e implicazioni teoriche*, in *Lo Stato*, n. 17/2021, p. 98 ss.

⁹⁶ Sulla distinzione tra prevenzione e precauzione nella giurisprudenza amministrativa del periodo in esame, cfr. C.S., III, sent. n. 6655/2019, nella quale si distingue tra "precauzione (limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi) e prevenzione (limitazione di rischi oggettivi e provati)" e si aggiunge che "L'attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze

concreto è per definizione dispensata dall'osservanza della regola “*bard*”⁹⁷.

In questo primo scenario, l'autorità scientifica consultata in conformità alla disciplina legislativa dell'emergenza vede riconosciuta l'intangibilità della sua valutazione – pur opinabile, quanto meno in un determinato momento storico⁹⁸ – grosso modo alle medesime condizioni alle quali essa viene riconosciuta dal giudice amministrativo in altri casi, secondo criteri di giudizio (variabili per intensità da caso a caso) che la giurisprudenza della fase emergenziale non sembra – come del resto in Germania⁹⁹ – aver modificato in modo apprezzabile.

Pur non potendosi trascurare la crescente rilevanza delle questioni scientifiche controverse in conseguenza della sempre più vistosa centralità della scienza e delle tecnologie nell'attività amministrativa e di governo, quanto precede non pare determinare un cambio di paradigma¹⁰⁰.

Alla luce del principio di legalità, dell'amministrazione e della giurisdizione, la dislocazione di potere a vantaggio delle autorità scientifiche – tanto più estesa quanto maggiore è l'emersione di problematiche (sanitarie, ambientali, energetiche, o attinenti alla dimensione digitale) scientificamente o tecnologicamente connotate – va pertanto rapportata al nucleo di insindacabilità riconosciuto alle relative valutazioni specializzate¹⁰¹.

Secondo la loro fisionomia costituzionale e legislativa, gli organi tecnici, chiamati a fare applicazione di parametri scientifici – non necessariamente univoci, ma pur sempre *eteronomi* – non costituiscono tuttavia, salvo distorsioni ascrivibili a patologie di funzionamento, centri di potere titolari di discrezionalità politica¹⁰², operando essi a supporto del

scientifiche (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525 e sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495)”.

⁹⁷ Sul criterio di giudizio descritto dal sintagma “*beyond any reasonable doubt*” in ambito amministrativo cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio”*. *Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2018.

⁹⁸ Scrive al riguardo D. Quammen, *Senza respiro. La corsa della scienza per sconfiggere un virus letale*, Milano, Adelphi, 2022, p. 403: “Nessuno sa tutto di questo virus e i nostri sforzi per comprenderlo sono appena cominciati”.

⁹⁹ Riferimenti alla giurisprudenza tedesca nel paragrafo 4.3.

¹⁰⁰ Sui profili evolutivi legati alla nuova prospettiva della legalità algoritmica, da ultimo, L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023, p. 109 ss.

¹⁰¹ Rispetto all'evoluzione digitale più avanzata, M. R. Ferrarese, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022, p. 161, segnala inedite difficoltà nell'acquisizione di competenze specializzate funzionali all'esercizio dei controlli pubblici, osservando che i nuovi poteri tecnologici e i programmi di *Artificial General Intelligence* mettono “in gioco il ruolo degli Stati sia come responsabili della sicurezza nazionale, sia come custodi di valori costituzionali. Per lo più, quando essi, per realizzare programmi e procedure rivolti a monitorare possibili fonti di rischio, richiedono la collaborazione di imprese del *web*, si comportano da meri consumatori di mezzi tecnologici di cui non hanno né padronanza, né controllo”.

¹⁰² Si tratta di parametri eteronomi in quanto esterni alla, e indipendenti dalla, volontà di chi li applica, quindi tipici dell'attività (oltre che dei giudici) dei funzionari e degli organi burocratici i quali, diversamente dall'autorità politica, come si legge in M. Weber, *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, Berlin, trad. it. *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1980, p. 72, devono “governare il proprio ufficio” e accostarsi alle

precepto legislativo rinviante (anche implicitamente) a parametri tecnico-scientifici e implicante valutazioni operate da organi dotati di specifiche competenze senza deviare dall'ordinaria declinazione del paradigma legale¹⁰³.

Tale chiave di lettura non pare smentita dalla giurisprudenza costituzionale, ormai risalente, concernente il “multitrattamento Di Bella”, la quale, risolvendo un conflitto tra poteri, aveva censurato provvedimenti giurisdizionali di natura istruttoria comportanti “un'indebita interferenza nella *sfera delle attribuzioni* spettanti al potere esecutivo e, in particolare, nelle competenze degli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci”¹⁰⁴. In quel caso si trattava infatti di “esercizio abnorme del potere giurisdizionale”¹⁰⁵.

4.2 B) nel procedimento legislativo

Nella giurisprudenza costituzionale a cavallo del millennio si ragiona di “*competenze riservate agli organi tecnico-scientifici della sanità*: organi di cui va ribadito il ruolo essenziale, come già si è fatto nella sentenza n. 185 del 1998, in cui si ricorda come questa Corte non possa sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'essa è delle attribuzioni e delle responsabilità che a detti organi competono”¹⁰⁶.

Il passaggio riportato sembra porre limiti invalicabili al controllo che il giudice costituzionale può trovarsi nella necessità di esercitare in riferimento alla “ragionevolezza scientifica delle leggi”, nei casi nei quali la legittimità di una norma dipenda dall'attendibilità delle sue premesse di ordine, appunto, tecnico-scientifico¹⁰⁷.

Nella prospettiva del sindacato di legittimità costituzionale, ciò implica che la previsione legislativa “autosufficiente” adottata in materia

questioni loro sottoposte “*sine ira et studio*” (il riferimento è alla prima delle due conferenze del 1919, *Politik als Beruf*, raccolte nel volume citato).

¹⁰³ R. Guastini, *Art. 101*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, p. 193, chiarisce che «Come l'obbligo di applicare la legge implica l'obbligo di applicare anche gli atti cui la legge faccia rinvio, così l'obbligo di applicare *solo* la legge implica l'obbligo di *negare* applicazione ad ogni atto, diverso dalla legge, *cui la legge non faccia rinvio*» (quest'ultimo corsivo è aggiunto).

¹⁰⁴ Corsivo aggiunto.

¹⁰⁵ Corte cost., sent. n. 121 del 1999.

¹⁰⁶ Corte cost., sent. n. 188 del 2000.

¹⁰⁷ Quanto precede viene ribadito nel passaggio, molto noto e reiteratamente evocato nelle pronunce successive, della sentenza n. 282 del 2002, nel quale si afferma che “un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (cfr. sentenza n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica”.

scientificamente controversa può risultare irragionevole se non fondata su conoscenze scientifiche acquisite, come la Corte ha affermato nella sentenza n. 282 del 2002, “tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovranazionali – a ciò deputati”, ovvero qualora inconciliabile con tali conoscenze¹⁰⁸.

Peraltro, quand’anche l’apprezzamento di tali premesse sia compiuto con il necessario intervento di organi titolari di competenze specializzate, si presenta la necessità di precisare limiti e modalità del sindacato, anche – in applicazione dell’espressa previsione introdotta nelle Norme integrative nel 2020 – con eventuale ricorso all’audizione di esperti¹⁰⁹.

In ogni caso – come risulta dalla stessa giurisprudenza talora rubricata sotto la categoria della “riserva di scienza”¹¹⁰ – il controllo dei profili scientificamente controversi non si spinge oltre il limite individuato, di volta in volta, dalla Corte, ciò che trova conferma nella giurisprudenza da ultimo intervenuta in materia vaccinale, nella quale si teorizza un controllo di attendibilità sulle premesse di ordine medico-scientifico e si delimita l’ambito rimesso alla discrezionalità legislativa in ordine a “scelte tragiche” *science based*¹¹¹.

Anche la recente giurisprudenza costituzionale tedesca sulla *Bundesnotbremse*, sopra richiamata, ha riconosciuto al legislatore federale – in considerazione della particolare complessità delle prognosi necessarie ai fini del contenimento dell’epidemia, ma nel solco di una giurisprudenza sullo scrutinio di proporzionalità da tempo assestata e puntualmente richiamata – un’*Einschätzungsprärogative* non solo in ordine alla valutazione di proporzionalità in senso stretto, sulla quale il giudice costituzionale si limita ad un sindacato di sostenibilità, o plausibilità (*Vertretbarkeit*), ma anche rispetto al controllo relativo all’idoneità e alla necessità della misura impugnata¹¹².

La sentenza della Corte costituzionale n. 14 del 2023, considerata più ampiamente nell’ultimo paragrafo, riprende la precedente giurisprudenza e, in particolare, la sentenza n. 282 del 2002 sopra citata per ribadire, per un verso, che in ambito biomedico la scelta legislativa “non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore”; per un altro verso, con antinomia solo apparente, che “si tratta ... pur sempre di esercizio di discrezionalità politica, ancorché fondata (necessariamente) su evidenze scientifiche”.

In effetti, una volta preso atto dell’attendibilità di una determinata premessa di ordine medico-scientifico pur in presenza di valutazioni divergenti di equivalente attendibilità, la scelta del legislatore di uniformarsi

¹⁰⁸ Così ancora sentenza n. 274 del 2014.

¹⁰⁹ Art. 17 delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*. In argomento, G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2020, p. 286 ss.

¹¹⁰ Su questa controversa definizione dottrinale si tornerà *sub* 4.3.

¹¹¹ Questo aspetto è oggetto dell’ultimo paragrafo.

¹¹² BVerfG, *Bundesnotbremse I*, par. 204 ss.

o meno ad una di esse non può che essere rimessa alla sua responsabilità politica, come pure la scelta di affidarsi a organi e “autorità di settore” di adeguata statura scientifica¹¹³.

Sul piano della tecnica legislativa, occorre sin d’ora tuttavia sottolineare che, a parte l’obbligo vaccinale¹¹⁴, necessariamente oggetto di una disciplina legislativa tendenzialmente esaustiva, gli interventi del legislatore in campo biomedico sono preferibilmente orientati a privilegiare una disciplina non autosufficiente che affida agli organi dell’applicazione valutazioni caso per caso, rispetto alle quali può esercitarsi nella sua pienezza il diritto del singolo di accedere, se necessario, a rimedi giurisdizionali comuni idonei a sindacare, nei limiti consentiti, i provvedimenti applicativi scientificamente condizionati.

4.3 “Riserva di scienza”?

Come appena ricordato, sono prevalenti le ipotesi nelle quali la disciplina legislativa di una fattispecie scientificamente controversa non è, per così dire, *self executing*, affidando essa ad un procedimento amministrativo, con eventuale partecipazione di organi specializzati, la specifica individuazione delle misure attuative o applicative.

In questi casi – che, eccezion fatta per la disciplina dell’obbligo vaccinale, nella legislazione del periodo dell’emergenza sono i più frequenti – si ripropongono le questioni, al centro della discussione dottrinale e giurisprudenziale, relative ai limiti in cui può darsi un sindacato idoneo a controllare l’attendibilità delle valutazioni tecnico-scientifiche alla base delle norme secondarie e dei provvedimenti amministrativi adottati durante l’emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2.

Di fronte ad apprezzamenti – nel contraddittorio processuale, o nella deliberazione officiosa del giudice – parimenti attendibili e tuttavia opinabili allo stato delle conoscenze scientifiche, la prevalenza del punto di vista giudiziale non potrebbe presentarsi come fondata su di un parametro eteronomo preconstituito al giudizio, in conformità al principio di legalità della giurisdizione¹¹⁵ e avrebbe altresì esiti di opacizzazione del quadro delle

¹¹³ In Corte cost., sent. n. 14 del 2023, punto 11, si legge che “Alla luce dei dati sin qui ripercorsi, deve ritenersi che le autorità scientifiche attestino concordemente la sicurezza dei vaccini per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2 oggetto di CMA e la loro efficacia nella riduzione della circolazione del virus ... Ed è su questi dati scientifici – *forniti dalle autorità di settore e che non possono perciò essere sostituiti con dati provenienti da fonti diverse*, ancorché riferibili a “esperti” del settore – che si è basata la scelta politica del legislatore; legislatore che altrimenti, anziché alle autorità istituzionali, avrebbe dovuto affidarsi a ‘esperti’ non è dato vedere con quali criteri scelti”. Corsivo non testuale.

¹¹⁴ Sul quale si tornerà *sub* 6.

¹¹⁵ Tale declinazione del principio di “stretta” legalità della giurisdizione pare costituire uno sviluppo coerente con l’impostazione rigorosa proposta da Guastini, *Art. 101, in Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, dove, a p. 193, si chiarisce che «Come l’obbligo di applicare la legge implica l’obbligo di applicare anche gli atti cui la

responsabilità per le conseguenze dell'agire amministrativo¹¹⁶.

In ogni caso, così nel giudizio costituzionale come in quello amministrativo¹¹⁷, non sembra del tutto appagante, sul piano esplicativo, ragionare di “riserva di scienza”¹¹⁸. Pur nella diversità dei giudizi e dei relativi mezzi istruttori, non si può infatti escludere un sindacato giurisdizionale sulle valutazioni degli organi tecnico-scientifici, limitato alla verifica, secondo i casi, della non manifesta inattendibilità della valutazione o – all'estremo opposto – orientato a censurarne la minore attendibilità rispetto a quella operata in sede giudiziale, con l'eventuale supporto di consulenze tecniche affidate ad organi o soggetti specializzati¹¹⁹.

Là dove il controllo del giudice amministrativo si deve arrestare, l'ostacolo non pare rappresentato dalla riserva di scienza – difficilmente compatibile con la necessaria effettività della tutela giurisdizionale – bensì, come si è detto, dal principio di legalità della giurisdizione.

Questioni non dissimili sono emerse in altri ordinamenti, in particolare in Germania, dove la tutela giurisdizionale garantita dalla Costituzione (Art. 19 IV GG), soprattutto sotto il profilo del sindacato di proporzionalità del giudice amministrativo, non è certo stata esclusa nei confronti dei provvedimenti adottati per contenere il rischio epidemico¹²⁰ ma, in caso di incertezza scientifica e coinvolgimento di organi specializzati nel procedimento di adozione della misura contestata, la giurisprudenza ha in linea di massima riconosciuto una tendenziale preferenza alle valutazioni

legge faccia rinvio, così l'obbligo di applicare *solo* la legge implica l'obbligo di *negare* applicazione ad ogni atto, diverso dalla legge, *cui la legge non faccia rinvio*» (quest'ultimo corsivo è aggiunto).

¹¹⁶ L'argomento della *Folgenverantwortung*, di per sé non decisivo, è, unitamente ad altri, tra quelli più di frequente addotti a fondamento delle ipotesi di *Beurteilungsspielraum* della pubblica amministrazione inerenti a provvedimenti basati su prognosi, come ampiamente illustrato nel saggio non più recente, ma ancora attuale, di F. Ossenbühl, *Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung*, in H. U. Erichsen, W. Hoppe, A. v. Mutius (Hrsg.), *System des verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, p. 731 ss.

¹¹⁷ Cfr. in particolare C.S., Sez. III, n. 946 del 2022.

¹¹⁸ Su questa prospettiva dottrinale cfr. C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016; D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019; G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni Costituzionali*, I, 2022; G. Fontana, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia (considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in A. Iannuzzi, G. Pistorio (a cura di), *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, Napoli, 2022, pp. 71 ss.

¹¹⁹ C.S., Sez. III, ord. n. 7097 del 2020, sulla quale, anche per ulteriori riferimenti, G. Parodi, *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, cit., p. 241 ss.

¹²⁰ Cfr. ad esempio VGH München, VGH 20 N 20.767 - Beschluss vom 04. Oktober 2021, e BVerwG 3 CN 2.21 - Urteil vom 22. November 2022, confermativa della precedente, che hanno ritenuto contrario al principio di proporzionalità il divieto di uscire dalla propria abitazione se non per motivi determinati (*Ausgangsbeschränkung*) stabilito dall'ordinanza bavarese del 27 marzo 2020.

tecnico-scientifiche dell'autorità¹²¹, salvo esercitare uno scrutinio più stretto su provvedimenti sanzionatori contrari al principio di determinatezza della sanzione¹²².

Una peculiarità della giurisprudenza amministrativa durante la pandemia può essere piuttosto individuata nel maggiore margine di valutazione prognostica riconosciuto all'autorità in considerazione, soprattutto di fronte alla prima ondata, della temporanea insufficienza delle conoscenze medico-scientifiche disponibili¹²³.

Per quanto riguarda invece il controllo di costituzionalità su restrizioni legislative, per così dire, immediatamente precettive, scientificamente motivate e adottate – come nel caso dell'obbligo vaccinale – a séguito della consultazione di organi tecnico-scientifici, si può assumere che una più accentuata *judicial deference* sia dovuta non già ad una “riserva di scienza” opponibile alla Corte, bensì alla fisiologica assunzione di responsabilità politica da parte del legislatore che abbia ritenuto di porre a fondamento di misure limitative valutazioni di organi specializzati acquisite nel corso dell'istruttoria normativa¹²⁴, non manifestamente inattendibili, o comunque tali da rendere il provvedimento legislativo immune da censure all'esito del sindacato di ragionevolezza scientifica, nei limiti in cui la Corte ritiene possibile esercitarlo.

Sui limiti e sulle modalità del sindacato, la recente sentenza n. 14 del 2023 della Corte costituzionale è esplicita nel teorizzare un controllo di attendibilità, di tipo non sostitutivo, all'apparenza più incisivo – almeno nella sua configurazione programmatica – dell'*Evidenzkontrolle*¹²⁵.

Infatti – dopo aver premesso che “la connotazione medico-scientifica degli elementi in base ai quali il legislatore deve operare le proprie scelte non esclude la sindacabilità delle stesse da parte di questa Corte (sentenza n. 282 del 2002), ma il sindacato riguarda, in tal caso, la coerenza della disciplina con il dato scientifico posto a disposizione, oltre che la non irragionevolezza e la proporzionalità della disciplina medesima” – nella citata pronuncia si

¹²¹ Th. Siegel, *Verwaltungsrecht im Krisenmodus*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2020, p. 577 ss., ragiona nei termini consueti di *Einschätzungsprärogative*.

¹²² Cfr. H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2020, p. 566.

¹²³ BVerwG 3 CN 1.21 - Urteil vom 22. November 2022.

¹²⁴ Sull'istruttoria normativa in ambito governativo e nel corso del procedimento legislativo parlamentare, nel quale più carente appare la strumentazione diretta all'acquisizione delle necessarie conoscenze tecnico-scientifiche, S. Penasa, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, in *www.diritticomparati.it*, 2021.

¹²⁵ Corte cost., sent. n. 14 del 2023, punto 8.2, dove peraltro si fa riferimento al controllo del bilanciamento e della proporzionalità in senso stretto: “tutte le volte che una decisione implichi valutazioni tecnico-scientifiche, il legislatore sceglie tra le possibili opzioni che la scienza offre in quel momento storico. E la scelta tra le possibili opzioni, che inevitabilmente racchiudono una intensità diversa e quindi un diverso grado di limitazione dei diritti, è esercizio di discrezionalità politica che, nei limiti della sua ragionevolezza e proporzionalità, non può essere sostituita da una diversa scelta di questa Corte”. Corsivo non testuale.

legge: “Questa Corte accerta, innanzitutto, se il legislatore, nell’esercizio del suo potere discrezionale, si sia tenuto all’interno di un’area di *attendibilità scientifica*, alla luce delle migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico, quali definite dalle autorità medico-scientifiche istituzionalmente preposte”¹²⁶.

Non meno esplicita è la successiva sentenza n. 15, che richiama la n. 14 e la pregressa giurisprudenza sui rapporti tra diritto e scienza nel giudizio costituzionale. La menzionata sentenza ha infatti escluso l’irragionevolezza dell’obbligo vaccinale dedotta sotto il profilo della sua inidoneità rispetto alla finalità perseguita, affermando che “Il fatto che il legislatore abbia operato le proprie scelte sulla base di valutazioni e di dati di natura medico-scientifica ... non vale a sottrarre quelle scelte al sindacato di questa Corte, ma comporta che lo stesso dovrà avere ad oggetto l’accertamento della non irragionevolezza e della proporzionalità della disciplina rispetto al dato scientifico posto a disposizione”.

La pronuncia citata non sembra tuttavia aderire al paradigma del controllo di attendibilità innovativamente enunciato nella sentenza n. 14, giacché in essa si ribadisce, richiamando la precedente sentenza n. 114 del 1998, che quando la scelta legislativa si fonda su riferimenti scientifici, «perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa 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»¹²⁷. Tale impostazione appare ascrivibile al controllo di evidenza, diretto a censurare l’inattendibilità della premessa scientifica solo se manifesta.

Si tratta di una posizione tendenzialmente allineata a quella della giurisprudenza tedesca. Una qualche attenuazione del rigore del sindacato di proporzionalità delle misure limitative di diritti fondamentali si è in effetti registrato nella recente giurisprudenza del *BVerfG* sulle misure di contrasto dell’emergenza epidemiologica, in considerazione, soprattutto, della provvisorietà delle conoscenze scientifiche al momento della decisione dei numerosi ricorsi diretti (*Verfassungsbeschwerden*)¹²⁸.

¹²⁶ Punto 8.1. del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale. Aggiunge la Corte quanto segue: “Ciò che la Corte può e deve verificare, pertanto, è, innanzitutto, se la scelta del legislatore di introdurre l’obbligo vaccinale per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all’art. 1, comma 2, della legge n. 43 del 2006, anche alla luce della situazione pandemica esistente, sia suffragata e coerente, o meno, rispetto alle conoscenze medico-scientifiche del momento (sentenza n. 5 del 2018), quali tratte dagli organismi nazionali e sovranazionali istituzionalmente preposti al settore”.

¹²⁷ Corte cost., sent. n. 15/2023, punto 10.3.3.

¹²⁸ Cfr. S. Huster, L. Wiese, *Einschränkbarkeit der Grundrechte des Grundgesetzes in Ausnahme- und Krisenzeiten*, in P. Thielbörger, S. R. Lüder (Hrsg.), *Die COVID-19-Pandemie als Herausforderung an das Völkerrecht, das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht*, cit., spec. p. 58 ss., i quali danno conto criticamente delle difficoltà

Rimane aperto il problema, al quale si è accennato sopra, dell'occasionale slittamento delle valutazioni dell'organo tecnico verso l'ambito riservato al decisore politico¹²⁹.

5. Ancora sulla normazione dell'emergenza nella giurisprudenza costituzionale

Come anticipato, la Corte costituzionale¹³⁰ ha escluso la violazione del numero chiuso delle fonti primarie ad opera della previsione di misure restrittive da adottare con d.P.C.m. al fine di “contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso”¹³¹.

Il giudizio di non fondatezza della questione all'origine della pronuncia si articola intorno a tre argomenti principali, diretti a valorizzare, rispettivamente, il carattere “tipizzato” delle misure; il loro assoggettamento ai principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemico; la previa consultazione del Comitato tecnico-scientifico ai fini della valutazione dei menzionati presupposti di legittimità della misura.

Si tratta di una disciplina di ordine sostanziale, relativamente ai limiti di contenuto delle misure restrittive, e procedurale, per quanto riguarda la previa consultazione (“di norma”) del Comitato. Una disciplina incompatibile, conclude la Corte, con l'attribuzione di una potestà di natura legislativa; “coerente”, invece, con la previsione di una “potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale”¹³², rispettosa del principio di legalità sostanziale¹³³.

Si è osservato in dottrina che il percorso argomentativo della pronuncia risponde anche all'esigenza, non dichiarata, di escludere – grazie anche all'ascrizione dei d.P.C.m. al novero degli “atti necessitati” piuttosto che alla categoria delle ordinanze contingibili e urgenti (“a contenuto libero”) – la violazione delle riserve di legge, anche assolute, suscettibili di venire in

inerenti ad ogni segmento del controllo di proporzionalità (*Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit*) durante l'emergenza pandemica.

¹²⁹ Pare utile, a questo riguardo, riportare un passaggio della sentenza della Corte costituzionale n. 14 del 2023, punto 10.3, oggetto dell'ultimo paragrafo, dal quale risulta, all'interno di una nota dell'AIFA, un certo appannamento della predetta linea di demarcazione: “Secondo le conclusioni esposte, «la maggior parte 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*. Non è stato inoltre osservato alcun eccesso di decessi a seguito di vaccinazione e il numero di casi in cui la vaccinazione può aver contribuito all'esito fatale dell'evento avverso è estremamente esiguo e *comunque non tale da inficiare il beneficio di tali medicinali*» (pagine 26 e 27 della nota dell'AIFA)”. Corsivo non testuale.

¹³⁰ Corte cost., sent. n. 198 del 2021.

¹³¹ Decreto-legge n. 19 del 2020, art. 1, c. 1.

¹³³ Corte cost., sent. n. 164 del 2022, punto 8.

rilievo. Sebbene la violazione della riserva di legge non figuri tra i profili di illegittimità denunciati, il riferimento alla consultazione del comitato tecnico-scientifico ricorda la risalente giurisprudenza che assumeva la compatibilità con la riserva relativa di legge della previsione di poteri amministrativi espressione di discrezionalità tecnica¹³⁴.

Tale giurisprudenza, infatti, ravvisava nel rinvio a criteri tecnici una garanzia di rispetto della riserva di legge, oltre che sotto il profilo della razionalità procedurale e della completezza dell'istruttoria, anche, e soprattutto, in considerazione del controllo giurisdizionale previsto, con differente incisività nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale, sulle valutazioni tecniche dell'autorità amministrativa¹³⁵.

Analogamente, nella sentenza n. 198 del 2021, si pone in evidenza il coinvolgimento del comitato tecnico-scientifico nella valutazione di proporzionalità, “giacché supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale”¹³⁶.

La previsione legislativa di misure restrittive destinate ad essere adottate con d.P.C.m. trova così un collaudato fondamento di legittimità nell'ancoraggio a criteri tecnici di valutazione della proporzionalità delle misure, con il supporto di un organo di consulenza tecnico-scientifica chiamato ad intervenire nel corso del procedimento di adozione di decreti poi assoggettabili, se necessario, ad una “concreta ed effettiva” verifica giudiziale.

La legittimità costituzionale della fonte legislativa del contestato potere amministrativo si salda così – secondo uno schema ricorrente nella giurisprudenza costituzionale non solo italiana – con la delimitazione del potere mediante parametri tecnico-scientifici la cui applicazione è

¹³⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 34/1986, nella quale si legge che “la natura tecnica dei suddetti criteri, come questa Corte ha ripetutamente affermato (vedansi ancora, le sentt. n. 122 del 1957; n. 48 del 1961; n. 72 del 1969; n. 257 del 1982; ord. n. 31 del 1985), esclude la sussistenza di un potere della pubblica amministrazione così ampio, da potere sconfinare nell'arbitrario; esso, per contro, risulta circoscritto nell'ambito della cosiddetta discrezionalità tecnica, che impone all'Amministrazione di adottare, previ i necessari accertamenti di fatto, soluzioni imposte dagli anzidetti criteri”. In materia di riserva di legge e criteri tecnici cfr. anche le sentenze n. 103/1957, 36/1959, n. 48/1961, n. 16/1965, n. 38 e n. 91/1966, n. 24/1967, n. 72/1969, n. 94/1971, n. 153/1977, n. 507/1988.

¹³⁵ Nella sent. n. 103/1957, in riferimento all'art. 23 Cost., si osservava che “la discrezionalità, pur essendo ampia, non è illimitata. Trattasi di discrezionalità in cui la scelta dell'attività amministrativa da svolgere richiede l'uso di criteri tecnici (...) i provvedimenti prezzati, non sono poi sforniti di garanzia giurisdizionale (...) contro di essi si può proporre ricorso al Consiglio di Stato, anche per eccesso di potere”. Si tratta di un precedente richiamato nella successiva sent. n. 79/1984. Cfr. anche Corte cost., sent. n. 4/1958 e n. 40/1964, nella quale si legge che “gli interessati godono di adeguate garanzie di giustizia. Onde a torto si assume la violazione del principio della riserva di legge”.

¹³⁶ Corte cost., sent. n. 198 del 2021, punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

fisiologicamente oggetto, se del caso, di riesame in sede giurisdizionale¹³⁷, salvo i limiti derivanti dal principio di legalità della giurisdizione di fronte ad apprezzamenti o prognosi parimenti opinabili¹³⁸, specie in presenza della scelta legislativa di coinvolgere nel procedimento organi consultivi dotati di una specifica *expertise* tecnico-scientifica¹³⁹.

La natura strettamente attuativa e la connotazione tecnico-scientifica dei provvedimenti adottati per “contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus” cedono tuttavia il passo ad una valutazione politicamente impegnativa, non del tutto predeterminata nel contenuto, inerente al bilanciamento di volta in volta operato dall’autorità di Governo. Una valutazione attinente alla proporzionalità in senso stretto della misura, suscettibile di uno scrutinio tendenzialmente limitato alla non manifesta arbitrarietà.

Al di là di quanto affermato nella sentenza n. 198 del 2021, in altri termini, appare evidente come, a valle dei diversi passaggi dell’istruttoria basata su acquisizioni di natura tecnico-scientifica, sia irriducibile un nucleo squisitamente valutativo in ordine alla tollerabilità delle limitazioni necessarie a contenere il livello di rischio sanitario nella misura discrezionalmente prevista.

Nella sentenza n. 198, la cui motivazione è incardinata sulla natura attuativa e necessitata dei d.P.C.m., la Corte tuttavia non si pronuncia sul grado di autonomia del Presidente del Consiglio in ordine, in primo luogo, alla fissazione del livello di contenimento del rischio sanitario ritenuto necessario; in secondo luogo, alla tollerabilità delle limitazioni indispensabili ad assicurare tale livello, discrezionalmente stabilito dall’autorità di Governo¹⁴⁰; laddove, in Germania, l’individuazione di un analogo livello è stata rimessa all’*Einschätzungsspielraum* del legislatore federale¹⁴¹.

6. Segue. Le questioni di legittimità costituzionale dell’obbligo

¹³⁷ Sulla variabile intensità del controllo giurisdizionale si rinvia, anche per i necessari riferimenti alla giurisprudenza più recente, a G. Parodi, *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, cit., p. 241 ss.

¹³⁸ Su quest’ultimo aspetto, volendo, G. Parodi, *Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell’AGCM dopo il decreto legislativo sul private enforcement. Questioni interpretative e implicazioni teoriche*, cit.

¹³⁹ La sentenza n. 198 del 2021 si riallaccia inoltre alla giurisprudenza costituzionale evocativa della riserva di amministrazione e della legalità di tipo “procedurale”, sulla quale si rinvia alla sentenza n. 85 del 2013, al centro di un’ampia discussione che non è possibile riprendere in queste pagine.

¹⁴⁰ La “politicità” di tali decisioni è probabilmente all’origine della previsione, introdotta all’articolo 2, comma 1, del decreto-legge n. 19 del 2020 in sede di conversione, secondo la quale “Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati”.

¹⁴¹ Cfr. su questo aspetto BVerfG, *Bundesnotbremse I*, par. 200.

vaccinale

La collaudata grammatica della proporzionalità aiuta a distinguere i passaggi tendenzialmente neutrali (*wertfrei*) da quelli politicamente impegnativi anche nel giudizio sulle leggi.

Le numerose questioni di costituzionalità dell'obbligo vaccinale, sollevate da giudici ordinari e amministrativi – decise dalla Corte nel senso dell'inammissibilità e dell'infondatezza¹⁴² – non investono previsioni legislative attributive di poteri normativi secondari, bensì, direttamente, il contenuto di una disciplina primaria immediatamente precettiva introdotta in via d'urgenza¹⁴³.

Sulla natura “obbligatoria” della vaccinazione contro il virus Sars-CoV-2, imposta ad alcune categorie di soggetti, si rinvia alla dottrina che ha chiarito i termini della questione a partire da una nozione comprensiva di obbligo e di sanzione, largamente condivisa anche dalla giurisprudenza e tale da evitare fraintendimenti¹⁴⁴. Si tratta infatti di trattamenti sanitari obbligatori ma non coercitivi¹⁴⁵, giacché l’“obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all’obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge”¹⁴⁶; si tratta, in particolare, delle “ricadute sul rapporto di lavoro in caso di inosservanza dell’obbligo”¹⁴⁷.

Ponendosi in questa prospettiva, la Corte costituzionale ha disatteso i dubbi avanzati, in particolare, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, non ritenendo contraria a ragionevolezza e proporzionalità la scelta legislativa, basata su dati medico-scientifici ma assunta nell’esercizio di discrezionalità politica¹⁴⁸.

Sulla scorta di una lettura della propria giurisprudenza divergente da quella proposta dal rimettente, la Corte muove dalla premessa secondo la

¹⁴² Le sentenze che hanno definito i relativi giudizi sono oggetto di esame nelle pagine seguenti.

¹⁴³ Dubita dell’idoneità del decreto-legge ad introdurre “obblighi vaccinali dagli effetti potenzialmente irreversibili” A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, il quale affronta il tema anche in riferimento alla garanzia dell’*habeas corpus*. I dubbi avanzati in riferimento all’art. 13 Cost. potrebbero essere ridimensionati in considerazione del carattere (in senso ampio) obbligatorio ma non coercitivo dell’onere vaccinale, seguendo la linea argomentativa che ha condotto la Corte costituzionale, nella sent. n. 127/2022, ad escludere una violazione della riserva di giurisdizione in materia di restrizioni della libertà personale ad opera della previsione di ipotesi di quarantena obbligatoria disposte dall’autorità sanitaria.

¹⁴⁴ M. Luciani, *Salus*, cit., spec. p. 47 ss.

¹⁴⁵ La precisazione appare chiara anche in Corte cost., sent. n. 127 del 2022, in tema di quarantena obbligatoria.

¹⁴⁶ Corte cost., sent. n. 14 del 2023, punto 16.1, sulla quale si tornerà più avanti.

¹⁴⁷ Corte cost., sent. n. 15 del 2023, punto 8, che ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate da diversi giudici del lavoro, dell’obbligo vaccinale previsto per gli esercenti le professioni sanitarie, i lavoratori impiegati in strutture residenziali e il personale scolastico.

¹⁴⁸ Corte cost., sent. n. 14 del 2023.

quale “il rischio di insorgenza di un evento avverso, *anche grave*, non rende di per sé costituzionalmente illegittima la previsione di un obbligo vaccinale”, intesa l’obbligatorietà, come si è detto, in senso ampio. Tale evenienza costituisce piuttosto “titolo per l’indennizzabilità”, secondo una linea giurisprudenziale risalente, ribadita dalla sentenza n. 118 del 1996 che pure, in termini espliciti, inquadrava taluni obblighi vaccinali, imposti in nome del dovere di solidarietà, sullo sfondo teorico delle “scelte tragiche” affermando che “nessuno può essere *semplicemente* chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri”¹⁴⁹, salvo poi derivare, da tale premessa, non l’illegittimità dell’obbligo vaccinale bensì l’obbligo di indennizzo.

Discostandosi dalle evidenze statistiche richiamate nell’ordinanza di rimessione del C.g.a., emessa all’esito di un’ampia istruttoria, circa l’occorrenza di eventi avversi gravi, nella prospettazione del giudice *a quo* più numerosi di quelli normalmente conseguenti ad altre vaccinazioni, la Corte, anche appoggiandosi alla differente lettura della casistica fornita dall’AIFA, conclude per la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’obbligo vaccinale posto a carico del personale sanitario.

Sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità della misura, la Corte procede secondo schemi ormai familiari¹⁵⁰ e sostanzialmente comuni alla giurisprudenza tedesca, nella quale peraltro il controllo di proporzionalità ha radici ben più risalenti.

L’obbligo vaccinale a carico degli esercenti le professioni sanitarie è infatti ritenuto – nell’ambito di un controllo di “non irragionevolezza” preliminare rispetto a quello di proporzionalità – idoneo rispetto alla finalità di ridurre la circolazione del virus, secondo uno schema di giudizio seguito anche nella coeva, anzi contestuale, sentenza n. 15 del 2023¹⁵¹.

La Corte aggiunge poi che “la misura deve ritenersi non

¹⁴⁹ Punto 5 del *Considerato in diritto*. Corsivo aggiunto.

¹⁵⁰ Si legge in Corte cost., sent. n. 14 del 2023, punto 13: “Come già affermato da questa Corte, quando si è in presenza di una questione concernente il bilanciamento tra due diritti, «il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità, che “richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi” (sentenza n. 1 del 2014, richiamata, da ultimo, dalle sentenze n. 137 del 2018, n. 10 del 2016, n. 272 e n. 23 del 2015 e n. 162 del 2014)» (sentenza n. 20 del 2019)”.

¹⁵¹ Rigettando la censura avanzata dal Tribunale di Padova, relativa non già alla tollerabilità dell’incidenza negativa sulla salute del soggetto obbligato, bensì all’idoneità della misura rispetto allo scopo, nella sent. n. 15/2023 la Corte conclude che “La scelta si è rivelata, altresì, ragionevolmente correlata al fine perseguito di ridurre la circolazione del virus attraverso la somministrazione dei vaccini”, aggiungendo che “l’imposizione di un obbligo vaccinale selettivo, come condizione di idoneità per l’espletamento di attività che espongono gli operatori ad un potenziale rischio di contagio, e dunque a tutela della salute dei terzi e della collettività, si connota quale misura sufficientemente validata sul piano scientifico”.

sproporzionata, in primo luogo, perché non risultavano, a quel tempo, misure altrettanto adeguate rispetto allo scopo prefissato dal legislatore per fronteggiare la pandemia”.

In secondo luogo, sul piano della proporzionalità in senso stretto, la Corte osserva che “la conseguenza del mancato adempimento dell’obbligo è rappresentata dalla sospensione dall’esercizio delle professioni sanitarie, con reintegro al venir meno dell’inadempimento dell’obbligo e, comunque, dello stato di crisi epidemiologica”; “conseguenza calibrata”, si legge, “in termini di sacrificio dei diritti dell’operatore sanitario” e “strettamente funzionale rispetto alla finalità perseguita di riduzione della circolazione del virus”¹⁵².

All’esito del controllo sulla proporzionalità in senso stretto del bilanciamento legislativo, nella sentenza n. 14 del 2023 si osserva che la disciplina impugnata “lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all’obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge”¹⁵³.

Anche in Germania lo scrutinio di proporzionalità si è risolto nel rigetto dell’impugnazione diretta degli articoli 20a, 22a e 73 (comma 1a, nn. 7e-7h), della *IfSG*¹⁵⁴, introduttivi dell’obbligo a carico del personale sanitario e infermieristico – sanzionato in questo caso con il licenziamento – di fornire prova di una vaccinazione contro il COVID-19 (in alternativa alla documentazione della guarigione o di una controindicazione medica alla vaccinazione).

Ad avviso del *BVerfG*, le disposizioni contestate non violano l’integrità fisica della persona (*körperlichen Unversehrtheit*) ai sensi dell’art. 2, comma 2, primo periodo, *GG*, né la *Berufsfreiheit* di cui all’art. 12, comma 1, della Legge

¹⁵² La Corte ha così disatteso le prospettazioni del rimettente, opponendo i dati forniti dall’AIFA a quelli emersi dall’istruttoria nel giudizio *a quo* e riproponendo l’affermazione, contenuta da ultimo nella sentenza n. 5 del 2018, secondo la quale la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l’art. 32 Cost. “se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili”, unitamente alla precisazione, mutuata dalla giurisprudenza meno recente, sopra citata, che implicitamente ammette – secondo un grado di frequenza peraltro non specificato – un “danno ulteriore” a condizione che “sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)”.

¹⁵³ Corte cost., sent. n. 14 del 2023, punto 16.1. Benché di dubbia inerenza alla *ratio decidendi* strettamente intesa, tale conclusione appare centrale anche nell’economia della motivazione della sentenza n. 15 del 2023, che a sua volta considera la disciplina impugnata “non sproporzionata”, giacché “il sacrificio del diritto dell’operatore sanitario non ha la natura e gli effetti di una sanzione ... non eccede quanto necessario per il raggiungimento degli scopi pubblici di riduzione della circolazione del virus, è stato costantemente modulato in base all’andamento della situazione sanitaria e si rivela altresì idoneo e necessario a questo stesso fine”.

¹⁵⁴ Le disposizioni impugnate sono state previamente oggetto di istanza di sospensione da parte dei ricorrenti, rigettata in sede cautelare dal *BVerfG*, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Februar 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. (1 - 23), http://www.bverfg.de/e/rs20220210_1bvr264921.html.

fondamentale¹⁵⁵. La citata disciplina è stata infatti ritenuta giustificata sotto il profilo della legittimità dello scopo perseguito, della sua idoneità rispetto allo scopo, nonché della sua necessità (*Erforderlichkeit*), in assenza di misure meno restrittive tra quelle altrettanto idonee, oltre che non sproporzionata in senso stretto (*nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne*).

La disciplina impugnata è stata ritenuta giustificata specialmente in considerazione delle particolari esigenze di tutela delle persone vulnerabili¹⁵⁶, la cui ponderazione è rimessa all'*Einschätzungsspielraum* del legislatore ed è oggetto di un sindacato di proporzionalità e adeguatezza (*Angemessenheit*) diretto a controllare se il legislatore abbia esercitato la sua discrezionalità in modo ragionevole (*in vertretbarer Weise*)¹⁵⁷.

Nell'affrontare il profilo degli effetti avversi, il Tribunale costituzionale ha seguito un percorso argomentativo – inerente alla verifica della proporzionalità in senso stretto – analogo a quello poi riproposto, seppure in termini decisamente meno espliciti, dal Giudice costituzionale italiano.

Nella pronuncia del 27 aprile 2022, il giudice costituzionale tedesco osserva infatti che una vaccinazione può, in casi eccezionali ed estremi, risultare anche letale; ma – si legge – in sede di valutazione dell'intensità dell'incisione nei diritti fondamentali, occorre considerare che il legislatore non ha previsto un obbligo vaccinale coercibile ad opera dell'autorità¹⁵⁸, “relativizzando” il pregiudizio arrecato al diritto all'integrità fisica attraverso la rinuncia (*Verzicht*) ad ogni forma di “coercizione vaccinale” (*Impfzwang*). La disciplina impugnata pone così il destinatario dell'obbligo davanti alla scelta se rinunciare alla propria attività professionale, “ovvero prestare il consenso ad un pregiudizio alla propria integrità fisica”¹⁵⁹.

Al di là dei rischi di implicazione assiologica, pur nell'ambito di un giudizio tendenzialmente limitato alla non manifesta arbitrarietà della scelta legislativa, anche nel (parzialmente) comune percorso argomentativo seguito dal giudice costituzionale in Italia e in Germania in tema di obbligo vaccinale sembra possibile – per tornare alle questioni poste nei precedenti paragrafi – intravedere una linea di demarcazione tra competenze degli organi tecnico-scientifici e ruolo degli organi politici, ai quali va ascritta la responsabilità del giudizio di proporzionalità in senso stretto¹⁶⁰, che si

¹⁵⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. (1 - 281), http://www.bverfg.de/e/rs20220427_1bvr264921.html (*Impfnachweis COVID-19*).

¹⁵⁶ Rn. 149.

¹⁵⁷ Rn. 204.

¹⁵⁸ “Keinen gegebenenfalls hoheitlich durchsetzbaren Impfzwang”.

¹⁵⁹ Punti 208-209: “Die Regelung stellt die Betroffenen aber de facto vor die Wahl, entweder ihre bisherige Tätigkeit aufzugeben oder aber in die Beeinträchtigung ihrer körperlichen Integrität einzuwilligen”.

¹⁶⁰ Una recente ed accurata analisi del giudizio di proporzionalità in senso stretto in A. Sardo, *Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica*, in journals.openedition.org/revus/2895.

traduce in scelte politiche, se si vuole, in qualche misura *science-based* ma non, come tali, *science-driven*¹⁶¹.

Giampaolo Parodi
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Pavia
giampaolo.parodi@unipv.it

¹⁶¹ Sulla richiamata dicotomia cfr. A. Iannuzzi, *Leggi “Science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit.