

Il principio di solidarietà applicato dal giudice amministrativo: una lettura comparata dell'obbligo vaccinale durante l'emergenza sanitaria

di Viviana Di Capua

Abstract: *The Principle of Solidarity in Administrative Judicial Review: A Comparative Analysis of the Vaccination Mandate During the Health Emergency* – This article examines the role of the principle of solidarity in administrative judicial review during the Covid-19 emergency, focusing on the legitimacy of the vaccination mandate imposed on vulnerable professional categories. The study analyses how administrative courts have employed the principle of solidarity in Italy, France and French Polynesia. While in Italy and Polynesia solidarity operated as an integrative criterion and balancing tool, reinforcing the legitimacy of emergency measures, in continental France it remained within the framework of formal legality. The essay concludes by reflecting on the constitutional and systemic limits of judicial reliance on general principles during emergencies.

Keywords: Solidarity, administrative judge; Vaccination mandate; Public health emergency; Constitutional legitimacy

2275

1. Introduzione

Le misure normative e amministrative straordinarie adottate dagli Stati per contrastare la pandemia Covid-19 hanno inciso in modo significativo sui diritti fondamentali, comprimendone l'esercizio o, in alcuni casi, sospendendolo, al fine di contenere il contagio e prevenire il collasso dei sistemi sanitari¹.

* Il presente contributo è frutto delle riflessioni maturate nel corso del Convegno svoltosi lo scorso 5.12.2024 presso l'Università di Napoli "L'Orientale", dal titolo "Il dovere di solidarietà negli stati di emergenza: una prospettiva comparata", finanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca nell'ambito del PRIN 2020 "Decision-Making in the Age of Emergencies. New Paradigms in Recognition and Protection of Rights [DeMa]" – CUP C61B22002230001.

¹ Per una ricostruzione della disciplina costituzionale e amministrativa dell'emergenza pandemica in Italia, anche con riguardo alla compressione dei diritti costituzionali, tra i numerosi contributi sul tema, cfr. almeno U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Oss. fonti*, fasc. spec., 2020, 299 ss.; C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rass.*, 5, 2020; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Riv. AIC*, 2020, 2, 531 ss.; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Riv. AIC*, 2020, 2, 558 ss.; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del*

Nel contesto emergenziale, l'azione pubblica si è spesso sviluppata in deroga, esplicita o implicita, a regole procedimentali e limiti sostanziali ordinari, sollevando questioni ancora aperte in ordine alla tenuta complessiva dei principi dello Stato di diritto². Sono emersi, in particolare,

diritto alla prova dell'emergenza, in *Riv. AIC*, 2020, 2, 109 ss.; A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw J.*, 2, 2020; A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Dir. reg.*, 2020, 1, 518 ss.; R. Cavallo Perin, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020; E. Carloni, *La crisi coronavirus come problema di geografia amministrativa*, in *laCostituzione.info*; G. Napolitano, *I poteri pubblici di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 2, 145 ss.; M. Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 282 ss.; G. Piperata, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 318 ss.; U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quad. cost.*, Rass., 25 marzo 2020, 1; V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19-paper, 20 maggio 2020; Id., *La regolazione del rischio di emergenza e la regolazione del «panico del rischio» nella pandemia Covid-19*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 2, 301 ss.; R. Manfellotti, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Riv. AIC*, 2, 2021, 226 ss.; i lavori monografici, U. De Siervo, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021, e di I.A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021; nonché i contributi pubblicati nei volumi M. Malvicini (cur.), *Il governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia COVID-19*, Napoli, 2020; AIC, *Annuario 2020, Emergenza, Costituzionalismo e diritti fondamentali*, Atti del XXXV Convegno annuale, 4 dicembre 2020, Napoli, 2021; C. Capolupo, R. Manfellotti (cur.), *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio*, Napoli, 2022. Per un'analisi comparata della gestione dell'emergenza e del suo impatto sui diritti costituzionali, cfr., con riguardo alla Spagna, P. Garrido López, *La naturaleza bifronte de estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos*, in *Teor. Real. Cost.*, 46, 2020, 384 ss.; E. Herrera, *Un estado de alarma de seis meses: una medida legal pero con riesgo de no tener "contrapeso" parlamentario*, in *elDiario.es*, 26 ottobre 2020; V. Faggiani, *Los estados de excepción ante los nuevos desafíos: hacia una sistematización en perspectiva multinivel*, in *Federalismi.it*, 2020, 24, 19 ss.; R.L. Blanco Valdés, *La lucha contra el Covid-19 y la declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma de 2020 en España: sobre la limitación y la suspensión de los derechos fundamentales*, in *DPCE online*, n. spec., 2022, 288 ss.; nonché sia consentito rinviare a V. Di Capua, *Emergenza e diritti fondamentali. Una riflessione comparata a partire dalla pandemia Covid-19 in Italia e in Spagna*, in *DPE Rass. online*, 2023, 1, 56 ss.; con riguardo al Portogallo, E.A. Imparato, *Il Portogallo al banco di prova dell'emergenza sanitaria mondiale*, in *DPCE online*, 2020, 2, 1613 ss.; con riguardo alla Francia, P. Gonod, *L'état d'urgence sanitaire: genèse et portée juridique*, in *RFDA*, 2020, 749 ss.; A. Roblot-Troizier, *Le juge administratif et l'état d'urgence sanitaire: une jurisprudence de crise*, in *AJDA*, 2020, 2110 ss.; B. Stirn, *Le Conseil d'État face à la crise sanitaire*, in *AJDA*, 2020, 2516 ss.; D. Rousseau, *L'épreuve de la pandémie: l'état d'urgence sanitaire face à la démocratie constitutionnelle*, in *RDP*, 2021, 55 ss.; negli altri Stati, C. Coglianesi, N.A. Mahboubi, *Administrative Law in a Time of Crisis: Comparing National Responses to COVID-19*, in 73 *Admin. L. Rev.* 1 (2021); M. Steuer, *States of Emergency, Simultaneous Overreach and Underreach and the COVID-19 Pan(dem)ic*, in 15 *Eur. J. Risk Regul.* 87 (2024).

² Su questo profilo, cfr. L.R. Perfetti, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 2, 51 ss.; G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19-paper, 18 marzo 2020; A.

gravi dubbi sulla conformità delle scelte compiute rispetto ai canoni di legalità, ragionevolezza, proporzionalità e prevedibilità che tradizionalmente regolano l'esercizio del potere amministrativo.

Per giustificare le misure emergenziali incidenti sui diritti fondamentali è stato sovente richiamato il principio di solidarietà, soprattutto nei casi in cui la tutela della salute collettiva ha richiesto l'imposizione di obblighi a carico di specifiche categorie di soggetti³. Esso ha operato come parametro integrativo funzionale a legittimare misure altrimenti difficilmente riconducibili ai criteri ordinari di proporzionalità e ragionevolezza, considerandole espressione di un dovere condiviso di cooperazione tra cittadini e istituzioni in vista della salvaguardia di interessi pubblici primari⁴.

In termini generali, la solidarietà si configura, nell'ordinamento costituzionale, come un principio che impone ai consociati doveri positivi di cooperazione alla realizzazione di finalità pubbliche condivise⁵. Si tratta di un principio strutturalmente relazionale, che tende a bilanciare i diritti individuali con esigenze collettive, in particolare quando si verificano situazioni di vulnerabilità o di rischio diffuso.

Proprio in ragione della sua struttura relazionale e della sua funzione di raccordo tra diritti individuali e interesse collettivo, la solidarietà può essere applicata anche in sede giurisdizionale, quale criterio idoneo a

Mitrotti, *Salus rei publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, 3, 1 ss.; V. Di Capua, I. Forgiione, *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 330 ss.

³ Per un inquadramento generale del principio di solidarietà durante la pandemia cfr. E. Amodio, *La solidarietà costituzionale ai tempi del coronavirus*, in *Forum Quad. cost.*, 20 aprile 2020; R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Cons. online*, 2020, 513 ss.; S. Staiano, *Solidarietà costituzionale e limiti dell'individualismo giuridico nell'emergenza sanitaria*, in *Riv. AIC*, 2020, 4, 117 ss.; C. Lamberti, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti*, in *Federalismi.it*, 2022, 6, 159 ss.

⁴ In giurisprudenza, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, dec. 18 marzo 2020, n. 416; Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, decreto presidenziale 28 marzo 2020, n. 165; Tar Sardegna, sez. I, dec. 20 aprile 2020, n. 141; Tar Lazio, Roma, sez. I, dec. 29 aprile 2020, n. 3453; Tar Lazio, Roma, sez. II, ord. 4 giugno 2020, n. 4160; Cons. Stato, sez. III, dec. 25 luglio 2020, n. 4418; Cons. Stato, sez. III, dec., 10 novembre 2020, n. 6453; Tar Lazio, sez. III *quater*, dec. 23 novembre 2020, n. 7265; Tar Sardegna, sez. I, dec. 2 febbraio 2021, n. 25

⁵ Sul principio di solidarietà, in generale, cfr. A. Cerri, *I doveri costituzionali tra libertà e solidarietà*, in *Quad. cost.*, 1988, 3, 531 ss.; E. Amodio, *Solidarietà e diritti nella Costituzione repubblicana*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Napoli, 2005, vol. II, 61 ss.; D. Borgonovo Re, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. Florenzano, D. Borgonovo Re, F. Cortese, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza*, Torino, 2012, 47 ss.; S. Rodotà, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 71 ss.; A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum Quad. cost.*, 20, 2015, 1 ss.; T.E. Frosini, *La Costituzione italiana (1948)*, in G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, A. Torre (cur.), *Codice delle Costituzioni*, vol. I. *Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Italia, Portogallo, Spagna, Svizzera, Usa, Weimar*, Padova, 2015, 223 ss.; G. Bascherini, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 1, 123 ss.; M. Cartabia, *La fraternità nel diritto costituzionale contemporaneo*, in *Quad. cost.*, 2020, 3 ss.; G. Alpa, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022.

orientare l'interpretazione e l'integrazione del quadro normativo, non soltanto nei contesti emergenziali⁶.

Durante la pandemia, l'introduzione dell'obbligo vaccinale per specifiche categorie di persone – individuate in ragione della professione esercitata o di particolari condizioni di vulnerabilità – ha costituito una delle misure più incisive adottate per contenere il rischio sanitario⁷. Le controversie che ne sono derivate hanno investito la giurisdizione amministrativa, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dei provvedimenti attuativi di obblighi imposti a tutela dell'interesse collettivo alla salute in presenza di dati scientifici parziali e ancora in evoluzione.

Il principio di solidarietà è stato utilizzato come criterio integrativo per giustificare misure che sacrificavano diritti individuali in vista del bene della collettività, specie nei casi in cui l'applicazione del principio di precauzione avrebbe condotto a soluzioni più caute⁸.

Il contributo si propone di ricostruire il modo in cui il giudice amministrativo italiano, francese e polinesiano ha applicato il principio di solidarietà nelle controversie sulla legittimità dell'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19, che le autorità nazionali hanno imposto ad alcune persone che svolgevano lavori a rischio (ad esempio, medici e infermieri) o che presentavano condizioni di fragilità. In altri termini, si tratta di verificare se i problemi generati dalla regolazione dell'emergenza sono stati, in concreto, risolti dal giudice dell'amministrazione o dal giudice delle leggi in tutti i casi in cui vi è stato un concorso fra fonti legislative e amministrative nella gestione emergenziale, come è accaduto nel caso dell'obbligo vaccinale.

Sotto il profilo metodologico, l'analisi adotta una prospettiva comparata selettiva⁹. Il raffronto tra Italia e Francia si giustifica per la

⁶ Si cfr. le illuminanti pagine di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 2024, 171 ss.

⁷ Su questo aspetto, cfr. F. Moroni, *L'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 tra legittimità e ragioni di equità*, in *Oss. AIC*, 2023, 3, 138 ss.; C. Capolupo, *Uso e abuso dell'articolo 32 della Costituzione: a margine dell'introduzione dell'obbligo vaccinale*, in C. Capolupo, R. Manfredi (cur.), *Emergenza pandemica*, cit., 13 ss.; G. De Santis, *Dalla necessità dell'obbligo vaccinale alla realtà del green pass*, in *Nomos*, 3, 2021, 1 ss.

⁸ Sul modo in cui il principio di precauzione è stato applicato durante la pandemia cfr. F. De Leonardi, *Il principio di precauzione nella gestione dell'emergenza epidemiologica: dall'attività puntuale alla programmazione e all'organizzazione*, in M. Malvicini (cur.), *Il governo dell'emergenza*, cit., 51 ss.; E. Frediani, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, 137 ss.; A. Donati, *L'Europa e la crisi del Coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione*, in *BioLaw J.*, 2020, 1 s.i., 591 ss.; L. Del Corona, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in *BioLaw J.*, 2020, 1 s.i., 71 ss.; T. Penna, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da COVID-19*, in *BioLaw J.*, 2020, 1 s.i., 563 ss.; C. Silvano, *Il principio di precauzione nell'attuale emergenza sanitaria*, in *BioLaw J.*, 2020, 1 s.i., 603 ss.; T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del COVID-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, in *BioLaw J.*, 2020, 1 s.i., 597 ss.; E. Follieri, *Precauzione, prevenzione e legalità nell'emergenza da Covid-19*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2020, 81 ss., spec. 87, secondo cui però è la prevenzione il principio ispiratore delle misure di contenimento del contagio, poiché «in senso giuridico, il virus che stiamo affrontando è un pericolo, non un rischio».

⁹ In generale, sulla comparazione selettiva cfr. R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *Am. J. Comp. L.* 1 (1991); R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7^a ed., Torino, 2019; G. Samuel, *An Introduction to*

comune tradizione amministrativa e la significativa presenza del giudice amministrativo nel sistema delle garanzie. Il caso della Polinesia francese, pur in un contesto autonomistico peculiare, offre l'occasione di osservare un modello nel quale il Consiglio di Stato francese esercita funzioni giurisdizionali estese, talvolta assimilabili a un controllo di legittimità costituzionale. L'inclusione di quest'ultimo caso consente di valutare con maggiore profondità la natura e l'intensità del sindacato giudiziale nelle situazioni di crisi.

2. L'obbligo vaccinale e la reazione del giudice amministrativo in Italia

In Italia, l'obbligo vaccinale contro il Covid-19 per il personale sanitario è stato introdotto con l'art. 4 d.l. 1° aprile 2021, n. 44, che ha previsto una procedura amministrativa, di competenza delle Aziende Sanitarie Locali (ASL), che, dopo aver accertato la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, dovevano portare ad esecuzione l'obbligo attraverso l'adozione di atti vincolati e, nel caso di inadempimento ingiustificato, disporre la sospensione dal servizio senza retribuzione. Alcuni medici e infermieri hanno, tuttavia, impugnato i provvedimenti delle ASL davanti al giudice amministrativo, contestando la legittimità costituzionale della procedura di autorizzazione condizionata del vaccino, che non consentiva di garantire la sicurezza e l'efficacia necessaria per imporre un trattamento sanitario obbligatorio.

Il giudice amministrativo ha assunto, in concreto, un ruolo di “filtro costituzionale”, decidendo, in alcuni casi, di respingere l'incidente di costituzionalità e risolvere la questione in via interpretativa, in altri, di rimettere gli atti alla Corte costituzionale.

Nel primo caso, il Consiglio di Stato ha valorizzato il principio di solidarietà quale fondamento costituzionale dell'obbligo vaccinale, legittimando l'onere imposto al singolo in funzione della tutela della salute collettiva¹⁰. In situazioni di emergenza sanitaria, il principio di precauzione può giustificare l'adozione di misure obbligatorie fondate su dati scientifici incompleti, purché non manifestamente irragionevoli. Il sacrificio imposto al singolo viene ritenuto costituzionalmente tollerabile proprio in virtù del principio di solidarietà, che impone a ciascun consociato di contribuire alla tutela dei soggetti più vulnerabili. In questa prospettiva, la solidarietà opera come parametro integrativo nel giudizio di legittimità, idoneo a mitigare la rigidità del principio di precauzione, compensando l'incertezza scientifica e rafforzando la legittimità della misura¹¹.

Comparative Law: Theory and Method, Oxford, 2014; K. Boele-Woelki, *Rodolfo Sacco's Conception of The Comparative Law Method: A Brief Review*, in 2 *It. L.J.* 265 (2022).

¹⁰ Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Giustiziainsieme.it*, con note di S. Caggegi, *Premesse alla lettura della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021 n. 7045 sull'obbligo vaccinale*, e di F. Gambardella, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)*.

¹¹ Si noti che, ormai sempre più spesso, il giudice amministrativo svolge un'attività di integrazione di precetti normativi vaghi, senza per questo determinare una illegittima invasione nella sfera riservata al legislatore; sul contenuto e sui limiti dell'attività di “creazione” giudiziale del diritto si v.

La legge sull'obbligo vaccinale per il personale sanitario è il frutto di un bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti e legati a diritti fondamentali, all'esito del quale si è ritenuta prevalente la tutela della salute pubblica, e in particolare, degli utenti dei servizi sanitari; tale obbligo è, infatti, giustificato sia dal principio di solidarietà nei confronti dei soggetti più fragili, sia dalla relazione di fiducia tra medico e paziente, che presuppone la sicurezza delle cure, impedendo che chi deve curare e assistere divenga egli stesso veicolo di contagio¹².

In definitiva, il principio di solidarietà ha consentito al giudice amministrativo di "assorbire" le istanze di controllo di costituzionalità e di mantenere la soluzione della controversia nell'ambito del proprio giudizio¹³.

Diversamente, nel secondo caso, il giudice amministrativo ha ritenuto di non poter risolvere in via interpretativa il conflitto tra la disposizione legislativa e i diritti costituzionali invocati, scegliendo di deferire la questione alla Corte costituzionale¹⁴. In particolare, ha sollevato dubbi sulla proporzionalità della misura, contestando l'automatismo della sospensione dal servizio e la sua durata, indipendentemente da una valutazione compiuta caso per caso. In queste ipotesi, la solidarietà non ha operato come criterio sufficiente a fondare una decisione di rigetto, avendo il giudice ritenuto che la complessità della questione necessitasse di un giudizio che superasse i limiti dell'interpretazione conforme, demandandolo al giudice delle leggi.

S. Cassese, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. Pasquini, A. Sandulli (cur.), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.; Id., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 413 ss.; R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 651 ss.; P.L. Portaluri, *La cambiale di Fortshoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021; A. Cassatella, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, in M. Savino, D. Vitiello (cur.), *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Atti del V Convegno dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), 17 e 18 novembre 2022, Napoli, 2023, 225 ss., spec. 229 ss.; F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023. La stessa Cassazione, in sede di controllo sull'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'attività del legislatore, ritenuto legittima l'attività interpretativa del giudice amministrativo volta ad integrare le lacune (cfr., tra le tante, Cass., sez. un., 7 luglio 2021, n. 19244, che aveva rigettato il ricorso proposto contro una sentenza del Consiglio di Stato, che, ritenendo implicitamente abrogata la disciplina legislativa in materia di elezioni del Parlamento europeo, aveva "riempito la lacuna" rinviando a quella riguardante le elezioni della Camera dei Deputati).

¹² Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2022, n. 1381, par. 6.7 del considerato in diritto, che riprende parte delle argomentazioni già espresse da Cons. Stato, sez. III, ord. 4 febbraio 2022, n. 583.

¹³ In questo senso, si può concordare con quando affermava, diversi anni addietro, M. Nigro, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro It.*, V, 1978, 161 ss., 164, secondo cui il giudice amministrativo, da mero esecutore della legge e garante di un ordine di valori preesistente, era diventato, insieme al legislatore, «costruttore» e «coautore» di quell'ordine, ponendosi al centro della società, non più al suo esterno.

¹⁴ Cga Regione Siciliana, sez. giur., ord. 22 marzo 2022, n. 352; Cga Regione Siciliana, sez. giur., ord. 12 settembre 2022, n. 947. Per una ricostruzione dell'orientamento seguito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana si v. L. De Grazia, *Obblighi vaccinali e limiti in prospettiva comparata. Riflessioni a margine di una recente decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana*, in *Nuove Auton.*, 2022, num. spec. I, 221 ss.

La Corte costituzionale ha confermato la legittimità dell'impianto normativo, riconoscendo esplicitamente il principio di solidarietà quale fondamento del dovere, imposto ad alcune categorie, di contribuire alla tutela di beni collettivi primari¹⁵. In contesti emergenziali, la solidarietà assume rilevanza non solo come valore costituzionale (art. 2 Cost.), ma anche come criterio per valutare la ragionevolezza e la proporzionalità dei sacrifici imposti al singolo.

Nel complesso, il principio di solidarietà ha assolto una duplice funzione nel giudizio amministrativo: da un lato, ha operato come parametro integrativo per ritenere conformi al quadro costituzionale misure adottate su evidenze scientifiche ancora in evoluzione, risolvendo, in via interpretativa, la tensione tra tutela dei diritti individuali e della salute collettiva; dall'altro, ha segnato il limite oltre il quale il giudice amministrativo ha ritenuto di non poter autonomamente garantire la tenuta costituzionale della disciplina emergenziale, rimettendo la decisione alla Corte costituzionale. In questo senso, la solidarietà ha costituito uno snodo critico tra interpretazione conforme e incidente di costituzionalità, fungendo da criterio di razionalizzazione e, al tempo stesso, da indicatore della soglia oltre la quale il giudice amministrativo ha ritenuto di non poter assumersi la responsabilità di dichiarare la legge sull'obbligo vaccinale selettivo conforme alla Costituzione.

3. Il giudice amministrativo francese e il controllo sul *détournement de pouvoir*

2281

In Francia, la vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 è stato introdotto con la l. 5 agosto 2021, n. 2021-1040, che ha imposto al personale sanitario e sociosanitario l'obbligo di completare il ciclo vaccinale con possibilità di esonero solo in caso di controindicazione medica¹⁶. La misura si inserisce in un quadro normativo più ampio e articolato, avviato con la l. 31 maggio 2021, n. 2021-689, relativa alla gestione del superamento della crisi sanitaria, che ha disciplinato il cosiddetto *passé sanitaire*, inteso come sistema di

¹⁵ Corte cost., 9 febbraio 2023, n. 14. Per un commento alla pronuncia cfr. M. Massa, *Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali*, in *Corti Sup. Salute*, 2023, 1 ss.; Id., *La prudenza della Corte costituzionale nel sindacato sugli obblighi vaccinali*, in *Quad. cost.*, 2023, 423 ss.; C. Iannello, *La ratio dell'obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *DirittiFondamentali.it*, 2023, 2; Id., *La sentenza n. 14/2023 della Corte Costituzionale: l'obbligo vaccinale è legittimo solo se serve a prevenire il contagio*, in *Oss. AIC*, 4, 2023; A. Iannuzzi, *Vaccinazioni obbligatorie, dati scientifici e consenso informato: a margine delle sentenze n. 14 e 15 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2023, 2; E. Aureli, *Tre sentenze per mettere fine alla discussione sulla legittimità del vaccino contro il Covid. Le sentenze 14, 15, 16 del 2023 e la problematica prassi dell'anticipo del contenuto delle pronunce nei comunicati stampa della Corte*, in *BioLaw J.*, 2023, 3, 207 ss.

¹⁶ Sulle previsioni della l. n. 2121-1040, con particolare riguardo al contenuto dell'obbligo e alle sanzioni nel caso di inadempimento cfr. T. Casagrande, *COVID-19 - À propos de l'obligation vaccinale des professionnels de santé*, in *Rev. GENESIS*, settembre-octobre, 2021, 5 ss.;

certificazioni (test negativo, certificato di vaccinazione, attestato di guarigione) condizionante l'accesso a numerosi servizi e luoghi pubblici¹⁷.

La legittimità della disciplina è stata contestata dinanzi al *Conseil d'État* da una lavoratrice sospesa dal servizio, che ha chiesto l'annullamento del provvedimento adottato dal direttore della struttura ospedaliera e, in via incidentale, ha sollevato la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) sulla compatibilità degli artt. 12 e 14 della legge con il diritto alla salute, alla dignità della persona e all'integrità fisica¹⁸. Il *Conseil d'État*, con ordinanza, ha respinto l'istanza, escludendo che la normativa impugnata sollevasse una questione nuova o di sufficiente serietà da giustificare la trasmissione alla Corte costituzionale¹⁹.

La motivazione del giudice amministrativo francese si distingue per la sua essenzialità. L'obbligo vaccinale viene ricondotto alla finalità di prevenzione del rischio sanitario, in particolare per i pazienti ricoverati, sulla base di tre presupposti: la dimostrata efficacia del vaccino nel ridurre la circolazione del virus e i casi gravi; la rarità degli effetti avversi gravi; la proporzionalità della misura rispetto all'obiettivo perseguito. Il giudice svolge un sindacato debole, circoscritto alla verifica della non manifesta inadeguatezza della misura rispetto allo scopo perseguito, riconoscendo un ampio margine di discrezionalità al legislatore nella definizione delle politiche sanitarie in condizioni emergenziali.

Rispetto al caso italiano, emergono due elementi distintivi.

In primo luogo, il *Conseil d'État* si limita a svolgere un controllo di tipo estrinseco, volto ad accertare l'assenza di sviamento di potere (*détournement de pouvoir*), ossia di una manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della scelta normativa²⁰. Non vi è, pertanto, un confronto tra diritti contrapposti né un ricorso esplicito a principi costituzionali generali come la solidarietà o la precauzione. In secondo luogo, il giudice amministrativo francese si pone in posizione di deferenza rispetto alla legge, senza ricorrere a un'interpretazione conforme né richiedere l'intervento della giurisdizione costituzionale. Il controllo di compatibilità resta confinato all'ipotesi in cui il contenuto normativo risulti manifestamente inadeguato rispetto al fine, secondo una logica di sindacato debole.

¹⁷ S. Salma, *Les impasses juridiques du pass sanitaire*, in *Rev. dr. libertés fond.*, 26, 2021, che evidenzia le contraddizioni giuridiche emerse con l'adozione del *pass sanitaire*.

¹⁸ B. Jomier, *L'obligation vaccinale des soignants: enjeux juridiques et constitutionnels*, in *J. dr. adm.*, 12, 2021, 1123 ss., che approfondisce criticamente le implicazioni costituzionali e i margini di sindacato giurisdizionale connessi all'obbligo vaccinale.

¹⁹ Cons. Et., Sez. 6 Réuni, ord. 28 janvier 2022, n. 458212.

²⁰ Sulle origini storiche, sull'evoluzione e sul significato attuale della controversa nozione di *détournement de pouvoir* cfr. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 1988 (éd. révisée), spec. 325 ss.; J.-F. Lachaume, H. Pauliat, S. Braconnier, C. Deffigier, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 15^a éd., Paris, 2010, 685 ss.; M. Waline, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 24^a éd., Paris, 2023, 112 ss.

In questo contesto, il principio di solidarietà, pur richiamato in dottrina²¹, nel dibattito pubblico e nei documenti istituzionali²², non assume un rilievo giuridico autonomo nel ragionamento del giudice amministrativo. Diversamente dal modello italiano, in cui la solidarietà è stata utilizzata come parametro integrativo e criterio argomentativo per superare le incertezze normative e scientifiche, nel sistema francese essa non viene impiegata come elemento di coerenza sistemica o di legittimazione dell'obbligo. La funzione del giudice resta circoscritta alla verifica dell'assenza di sviamento di potere, coerentemente con l'impostazione tradizionale del sindacato amministrativo in Francia, che tende a preservare un rigido confine tra funzione giurisdizionale e funzione normativa.

Nel complesso, il caso francese mostra un modello di giustizia amministrativa in cui la regolazione dell'emergenza resta ancorata alla legalità formale, con un controllo giurisdizionale prevalentemente esterno e di tenore minimale. Il giudice si limita a verificare che la misura legislativa rientri nei limiti della discrezionalità consentita, senza farsi carico di ricostruire, attraverso il richiamo a principi generali, un equilibrio tra interessi confliggenti. In tal senso, l'assenza del principio di solidarietà nel ragionamento giudiziale non dipende da una sua irrilevanza sistemica, ma riflette piuttosto una diversa configurazione della funzione giurisdizionale in presenza di una legge espressa.

4. Il *Conseil d'État* come giudice di legittimità costituzionale nella Polinesia francese

2283

Nella Polinesia francese, l'obbligo vaccinale contro il Covid-19 è stato introdotto con la *loi du pays* 23 agosto 2021, n. 2021-37, approvata dall'*Assemblée de la Polynésie française* e promulgata dal Presidente della collettività in esito a una procedura accelerata, in deroga ai tempi ordinari di controllo successivo²³. Il testo imponeva l'obbligo di vaccinazione a categorie individuate per attività professionale o condizione di salute,

²¹ Per una riflessione teorico-costituzionale sul principio di solidarietà come fondamento dell'obbligo vaccinale cfr. C. Le Pen, *Solidarité, responsabilité et obligation vaccinale: l'exemple français*, in *Rev. fr. bioéthique*, 2022, 45 ss.

²² Il principio di solidarietà è richiamato in diversi documenti istituzionali; cfr. in particolare Instruction DGS-RH3 du 10 septembre 2021, in *Bulletin officiel Santé - Protection sociale - Solidarité*, n. 2021/16, 15 septembre 2021, che inquadra l'obbligo vaccinale per i professionisti della salute come misura fondata sulla responsabilità collettiva e sulla protezione della salute pubblica, sottolineando la «*solidarité nationale*» nel titolo stesso del bollettino; Assemblée nationale, Rapport n° 3695 du 15 décembre 2020, *Stratégie vaccinale contre la Covid-19 et éthique*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, che giustifica l'estensione dell'obbligo a certe categorie come un «*devoir éthique*» verso le persone vulnerabili, in nome della solidarietà; Comité consultatif national d'éthique (CCNE), Avis n° 144, *Enjeux éthiques relatifs à la vaccination contre le SARS-CoV-2*, juillet 2021, che richiama espressamente l'«*esprit de solidarité*» come fondamento della strategia vaccinale nazionale, evidenziando la necessità di rafforzare la coesione sociale e la responsabilità condivisa in un contesto di crisi sanitaria.

²³ Y. Le Foll, *Validité de l'obligation vaccinale... en Polynésie française*, in *LexBase - Brèves*, 17 gennaio 2022.

prevedendo sanzioni amministrative per l'inadempimento e forme di differenziazione nell'accesso alle prestazioni sanitarie.

A norma dell'art. 176 della legge organica n. 2004-192 sullo statuto della Polinesia francese, la *loi du pays* può essere oggetto di ricorso diretto al *Conseil d'État* da parte di chi vi abbia interesse, purché entro un mese dalla pubblicazione e, in caso di promulgazione anticipata, anche attraverso un ricorso congiunto contro l'atto di promulgazione e la legge sostanziale²⁴. Il *Conseil d'État* è pertanto chiamato, in questo contesto, a esercitare un controllo che, pur collocandosi tecnicamente all'interno della giurisdizione amministrativa, assume i caratteri di una vera e propria verifica di compatibilità costituzionale della norma legislativa, in assenza di un giudice costituzionale locale²⁵.

Il ricorso contro la *loi du pays* è stato proposto da cittadini e sindacati che ne contestavano, oltre alla legittimità procedurale, il contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con la Convenzione di Oviedo e con i principi generali del diritto, sostenendo l'illegittimità di un obbligo fondato su vaccini autorizzati in via condizionata. Il *Conseil d'État* ha respinto tutte le censure, affermando la compatibilità della disciplina con il diritto alla vita privata, con il principio di proporzionalità e con le garanzie convenzionali in materia di integrità fisica e consenso alle cure²⁶.

A differenza del giudice amministrativo francese continentale, il *Conseil d'État* ha esercitato un controllo più articolato, motivando diffusamente sulla base di un bilanciamento tra il rischio sanitario collettivo, l'efficacia dei vaccini autorizzati e l'interesse pubblico alla continuità dei servizi essenziali. In particolare, la decisione esplicita il ricorso al principio di solidarietà quale fondamento giuridico dell'obbligo vaccinale, posto a carico di determinati soggetti in vista della protezione delle persone più esposte²⁷. La solidarietà viene così configurata come criterio giuridico operativo, impiegato per giustificare la distribuzione differenziata del carico di protezione e per

²⁴ In generale, sulla competenza del *Conseil d'État* per i ricorsi diretti contro le *lois du pays* (art. 176 LOPF), distinguendo tra la fase *a priori* (entro un mese dalla pubblicazione) e la possibilità di ricorso congiunto in caso di promulgazione anticipata cfr. C. Froger, *Le contrôle juridictionnel spécifique des "lois du pays" en Polynésie française*, in *Gaz. Pal.*, 2023; L. Domingo, *Quelle juridiction administrative compétente pour contrôler le refus d'abroger une loi du pays ?*, in *LexBase*, 1° agosto 2022.

²⁵ P. Roussel, *Le contrôle juridictionnel des lois du pays en Polynésie française*, in *Revue gén. dr.*, 2019, 45 ss.; M. Dupont, *La Polynésie française face au juge administratif suprême*, in *Dr. soc.*, 2020, 123 ss., che illustrano come il *Conseil d'État* eserciti un controllo di legittimità che, pur rientrando nella sua giurisdizione amministrativa, presenta tratti simili a un esame di compatibilità costituzionale delle *lois du pays* in difetto di un giudice costituzionale locale.

²⁶ Cons. Et., 10ème et 9ème chambres réunies, déc. 10 décembre 2021, n. 456004. Per un commento alla decisione cfr. E. Maupin, *L'obligation vaccinale en Polynésie approuvée par le Conseil d'État*, in *Dalloz Actualité*, 7 gennaio 2022.

²⁷ Significativo, al riguardo, il seguente passaggio della decisione: «Il doit ainsi exister un rapport suffisamment favorable entre, d'une part, la contrainte et le risque présentés par la vaccination pour chaque personne vaccinée et, d'autre part, le bénéfice qui en est attendu tant pour cet individu que pour la collectivité dans son entier, y compris ceux de ses membres qui ne peuvent être vaccinés en raison d'une contre-indication médicale» (pt. 21).

assorbire, in termini sistemici, l'incertezza scientifica relativa agli effetti a lungo termine della vaccinazione.

È significativo che, pur in un contesto privo di giudice costituzionale e in assenza di un riferimento espresso a diritti fondamentali nella *loi du pays*, il *Conseil d'État* abbia ricostruito la razionalità complessiva della disciplina a partire da un criterio costituzionale non codificato, riconoscendo alla solidarietà una funzione riequilibratrice. Essa agisce qui come parametro integrativo, che consente di compensare il carattere obbligatorio del trattamento e la sua incidenza selettiva su categorie professionali esposte a una specifica intensità di rischio. Il giudizio assume così un profilo sostanzialmente costituzionale, non per effetto di una rimessione, ma per effetto dell'estensione funzionale del controllo di legittimità.

Rispetto ai casi italiano e francese, l'esperienza della Polinesia francese evidenzia un'ulteriore modalità di impiego del principio di solidarietà: non solo come strumento di giustificazione (come in Italia), né come elemento assente o neutralizzato (come in Francia), ma come parametro interno alla decisione giurisprudenziale, in assenza di altri riferimenti normativi espliciti. L'assenza di una giurisdizione costituzionale autonoma ha reso necessaria una forma di supplenza da parte del giudice amministrativo, che ha assunto in via diretta la funzione di verificare la compatibilità dell'intervento legislativo con l'insieme dei principi applicabili. In tale quadro, la solidarietà ha svolto un ruolo non solo integrativo, ma strutturante, contribuendo alla ricostruzione della razionalità complessiva della misura e all'equilibrio tra diritto individuale e interesse pubblico.

5. Il principio di solidarietà come parametro integrativo e strumento di bilanciamento

Dall'analisi dei tre ordinamenti considerati emerge con chiarezza che il principio di solidarietà ha operato nel giudizio amministrativo secondo modalità differenziate, rispecchiando l'assetto istituzionale, la configurazione del sindacato giurisdizionale e il rapporto tra legge e giurisdizione nei rispettivi contesti. In particolare, in Italia e nella Polinesia francese il principio è stato impiegato come parametro integrativo e criterio di bilanciamento, mentre in Francia è rimasto pressoché estraneo al ragionamento del giudice amministrativo, in quanto assorbito nella legalità formale della legge.

Nel modello italiano, la solidarietà ha agito come strumento di raccordo tra incertezza scientifica, discrezionalità legislativa e obbligo individuale, consentendo al giudice amministrativo di valutare la misura alla luce non soltanto della sua razionalità interna, ma anche della sua coerenza con una finalità costituzionalmente riconosciuta. La sua funzione non si è limitata a giustificare la compressione del diritto, ma ha contribuito a costruire la regola applicabile in presenza di fonti concorrenti, integrate da principi non espressamente codificati.

Nel caso della Polinesia francese, il principio ha assunto una portata ancora più strutturante, orientando l'intero giudizio sulla compatibilità della *loi du pays* con il blocco di legalità costituzionale e convenzionale. In assenza di una giurisdizione costituzionale autonoma, la solidarietà ha operato come

criterio di sistematizzazione del diritto vigente, permettendo al giudice amministrativo di ricondurre a coerenza una misura fortemente intrusiva, pur fondata su presupposti tecnico-scientifici non del tutto consolidati. In questo quadro, il principio si è prestato a svolgere una funzione suppletiva, finalizzata a garantire il raccordo tra fonti di rango diverso e a rafforzare la tenuta giuridica complessiva della disciplina emergenziale.

Diverso è l'atteggiamento del giudice amministrativo francese, che ha mantenuto il proprio sindacato in una logica di legalità formale e deferenza legislativa, senza attivare un bilanciamento autonomo tra valori costituzionali. In questo modello, il principio di solidarietà, pur rilevante sul piano assiologico, non ha trovato spazio operativo nel discorso giuridico. Il controllo si è arrestato alla soglia della manifesta inadeguatezza della norma, secondo una concezione del sindacato giurisdizionale limitato alla verifica di non arbitrarietà.

Nel complesso, si può affermare che la solidarietà, nei sistemi in cui è stata effettivamente impiegata, ha assolto una duplice funzione. Da un lato, ha consentito al giudice amministrativo di ricomporre, in chiave sistemica, tensioni tra fonti e principi in contesti regolativi non pienamente stabilizzati; dall'altro, ha svolto un ruolo nel rafforzare la giustificazione della misura, evitando la rimessione alla Corte costituzionale o supportando una valutazione di compatibilità affidata direttamente alla giurisdizione amministrativa.

Questa operatività, tuttavia, solleva anche interrogativi sulla portata e sui limiti del ricorso ai principi generali da parte del giudice amministrativo. L'utilizzo della solidarietà come criterio risolutivo, in assenza di una disposizione espressa o di un bilanciamento operato dal legislatore, può condurre a un ampliamento del ruolo giurisdizionale ben oltre i confini tradizionali del sindacato di legittimità. Il giudice finisce per costruire, caso per caso, una regola flessibile adattata al contesto, assumendo una funzione di integrazione normativa che solleva questioni sul piano della separazione dei poteri e della responsabilità politica delle scelte²⁸.

In tal senso, la solidarietà, pur agendo come presidio di coerenza costituzionale in tempi eccezionali, si espone anche al rischio di divenire veicolo di giustificazione postuma di misure critiche, laddove non accompagnata da una cornice legislativa chiara. Il suo impiego rafforza la tenuta del diritto nei momenti di crisi, ma evidenzia al contempo il bisogno di una riflessione sistematica sul ruolo del giudice amministrativo nella produzione giuridica in condizioni emergenziali.

Viviana Di Capua
D.to di Scienze Politiche
Università degli Studi di Napoli Federico II
viviana.dicapua@unina.it

²⁸ Sulle derive patologiche dell'interpretazione giudiziale, sia consentito rinviare a V. Di Capua, *L'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato per sconfinamento nell'attività del legislatore e l'idealtipo del "giudice Ercole"* (nota a Corte Cass., s.u., ord. 12-10-2022, n. 8153), in *Il Processo*, 2024, 2, 489 ss.