



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. III

(ESTRATTO)

GIUSEPPINA BARCELLONA

VACCINI E RISERVA DI LEGGE

(BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DI CORTE COST. SENT. N. 25 DEL 2023)

25 SETTEMBRE 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Giuseppina Barcellona

Vaccini e riserva di legge (brevi riflessioni a margine di [Corte cost. sent. n. 25 del 2023](#))*

Abstract: The Constitutional Court, in Judgment no. 25 of 2023, returns to the subject of compulsory vaccination. This short paper critically analyses the fundamental argumentative junctures of the decision, dwelling on the way in which the object and function of the reservation of the law provided for in Article 32, paragraph 2 of the Constitutional Constitution are thematised.

SOMMARIO: 1. La *quaestio* e la declaratoria d'incostituzionalità. – 2. L'“esigenza costituzionale di determinazione” e la “lista dei vaccini”. – 3. Il contenuto essenziale della riserva di legge e la “delega di bilanciamento in concreto”.

1. La *quaestio* e la declaratoria d'incostituzionalità

Con la [sentenza n. 25 del 2023](#) il giudice costituzionale torna ad occuparsi di profilassi vaccinale obbligatoria e riserva di legge.

Oggetto della *quaestio legitimitatis* è, questa volta, l'art. 206-*bis* cod. ordinamento militare che, ad avviso del giudice rimettente, eluderebbe la riserva di legge statale rinforzata prevista all'art. 32, comma 2, Cost.

Delle tre diverse censure in cui si articola l'ordinanza di rimessione, si esaminerà, qui, solo la seconda, perché - con la Corte - si ritiene essa presenti «carattere logicamente prioritario, e dunque potenzialmente assorbente»¹, e perché, soprattutto, su di essa si concentra l'intero ragionamento che conduce alla declaratoria di incostituzionalità.

Nella prospettiva del giudice *a quo*², la norma *sub iudicio*, «nell'attribuire alla Sanità militare - e quindi ad un organo amministrativo e non già al legislatore - la possibilità di dichiarare indispensabili - e quindi obbligatorie - specifiche profilassi vaccinali per il personale militare», si porrebbe in contrasto con la riserva di legge prevista all'art. 32, comma 2 Cost. La disposizione costituzionale - si legge nell'ordinanza di rimessione - affiderebbe al Parlamento «le scelte in punto di individuazione delle singole tipologie di trattamenti sanitari obbligatori»³, con il fine di attribuirgli in via esclusiva il complesso e delicato compito di bilanciare l'interesse alla salute dell'intera collettività e il diritto individuale di rifiutare un trattamento sanitario. Ed è proprio questo il punto. Con l'art. 206-*bis* cod. ordinamento militare, il legislatore sarebbe venuto meno ad un tale compito ed alla responsabilità che ne consegue, perché avrebbe delegato l'uno e l'altra ad un organo amministrativo, l'autorità militare, divenuto così *dominus* del potere di “determinare” la profilassi vaccinale da imporre al personale arruolato.

Nel precisare il problema sotteso alla *quaestio legitimitatis*, la Corte muove dalla natura relativa della riserva prevista all'art. 32, comma 2, della Cost. e dagli oneri che essa pone in capo al legislatore: la legge non sarebbe tenuta a disporre una disciplina dettagliata dell'obbligo vaccinale, dal momento che «per taluni profili è consentito l'intervento di ulteriori atti normativi in funzione integrativa»⁴. Tuttavia - tiene ancora a precisare il giudice costituzionale - quest'apertura delle materie riservate alle fonti subordinate non potrebbe mai risolversi nella marginalizzazione della legge, non potrà mai condurre, cioè, al conferimento di una “delega in bianco” all'autorità amministrativa (e non solo), perché decida liberamente delle restrizioni da imporre alle libertà costituzionali⁵.



¹ [Corte cost., sent. n. 25 del 2023](#), punto 6 del diritto.

² Tribunale militare di Napoli, ordinanza 3 febbraio 2022.

³ Tribunale militare di Napoli, ordinanza 3 febbraio 2022.

⁴ [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.1 del diritto.

⁵ [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.1 del diritto.

La soluzione del dubbio prospettato dal giudice rimettente passa, dunque, per la definizione del confine che separa lo spazio riservato al legislatore democratico da quello che, invece, può essere occupato anche dal potere esecutivo (nella forma di potere regolamentare e amministrativo). Ed è un confine – quello che la Corte si accinge a tracciare – la cui individuazione non può che procedere dall'esegesi dell'art. 32, comma 2 della Costituzione, e più esattamente dall'interpretazione della formula “determinato trattamento sanitario” che vi viene utilizzata per delimitare l'ambito assegnato alla competenza esclusiva della legge.

Questa locuzione – si chiarisce nella parte motiva della sentenza – testimonierebbe indubbiamente la volontà di circoscrivere “con particolare intensità” la discrezionalità del potere esecutivo, escludendo che ad esso sia delegabile la specificazione del trattamento sanitario, che è, infatti, indicata come «contenuto normativo essenziale della riserva»⁶. Quest'iniziale asserzione, tuttavia, non consentirebbe ancora di rispondere alla *quaestio* sollevata dal giudice rimettente; a tal fine – spiega la Corte – si rende necessario chiarire il «grado di precisione»⁷, o meglio di “determinatezza”, cui il legislatore sarebbe obbligato in forza della riserva prevista all'art. 32, comma 2, Cost.: è, in altri termini, sufficiente un generico riferimento alla “tipologia” del trattamento sanitario, così come previsto all'art. 206-*bis* cod. ordinamento militare, o è, invece, necessario che la legge individui anche lo “specifico vaccino esigibile”⁸?

Nel tracciare i confini del *dominium* rimesso al legislatore, la Corte sembra muovere dall'esistenza di un nesso inscindibile fra “bilanciamento” degli interessi in conflitto e “determinatezza” del trattamento sanitario: «è anzitutto attraverso l'indicazione [...] dello specifico vaccino, a realizzarsi, ad opera del legislatore, il bilanciamento, presupposto dall'art. 32, secondo comma, Cost., tra libera determinazione individuale e tutela della salute collettiva»⁹. Di modo che – si conclude¹⁰ - «la previsione di un obbligo di profilassi vaccinale che non specifichi per quale scopo (ovvero per prevenire l'infezione da quale malattia) la somministrazione è pretesa non può che rendere “indeterminato” il trattamento sanitario imposto».

Ora, proprio un tale “contenuto normativo essenziale” sarebbe assente nell'art. 206-*bis* del codice dell'ordinamento militare, dal momento che questa disposizione non predetermina le profilassi vaccinali che possono essere imposte al personale militare, ma delega questo fondamentale compito all'autorità amministrativa competente; né – si prosegue – una tale “indeterminatezza” potrebbe trovare ragione nelle istanze di flessibilità sottese all'ordinamento militare, sicché «in un simile contesto – argomenta, ancora, la Corte¹¹ – l'esigenza costituzionale di “determinazione” del trattamento deve essere soddisfatta dalla fonte primaria, quanto meno nella forma dell'elenco dei vaccini cui il militare può essere obbligatoriamente sottoposto».

Questo, dunque, il ragionamento che conduce all'illegittimità dell'art. 206-*bis* cod. ordinamento militare «nella parte in cui autorizza la sanità militare a imporre al personale militare la somministrazione di specifiche profilassi vaccinali, senza che esse siano previamente individuate in via legislativa»¹², individuandosi nella lista dei vaccini il *discrimen* fra violazione e soddisfacimento della riserva di legge, e che, per ciò stesso, attribuisce ad un tale elenco la *vis* di ridurre gli spazi rimessi alla discrezionalità dell'autorità amministrativa.

⁶ [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.2 del diritto.

⁷ [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.2 del diritto.

⁸ Come, peraltro, accadeva con l'art. 132 del r.d. 17 novembre 1932, n. 2544 (Regolamento sul servizio sanitario militare territoriale) che individuava “nominalmente” alcune profilassi, «di regola praticate», oltre a quelle «che potessero eventualmente ed in casi speciali essere ordinate».

⁹ [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.3 del diritto.

¹⁰ [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.2 del diritto.

¹¹ [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 8 del diritto.

¹² [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 8 del diritto.

2. L'“esigenza costituzionale di determinazione” e la “lista dei vaccini”

Delle conclusioni cui perviene il giudice costituzionale e più precisamente delle “virtù taumaturgiche” riconosciute all'elenco dei vaccini può, peraltro, dubitarsi.

La declaratoria d'incostituzionalità che colpisce l'art. 206-*bis* cod. ordinamento militare, infatti, sembrare originarsi da un equivoco, che attiene al contenuto essenziale della riserva prevista all'art. 32, comma 2, Cost., e più precisamente all'oggetto della decisione rimessa all'esclusiva competenza del legislatore democratico.

Nella prospettiva della Corte, “l'esigenza costituzionale della determinazione” sarebbe soddisfatta solo quando il *nomen* del trattamento sanitario imposto fosse individuato dalla fonte primaria; diversamente una tale esigenza verrebbe elusa, conferendo all'autorità amministrativa il potere di invadere ambiti dai quali la Costituzione aveva, invece, voluto estrometterla.

Ciò che il giudice costituzionale non sembra adeguatamente considerare, però, è che la “specificazione” del vaccino, in sé, non può mai essere l'oggetto di una scelta discrezionale della politica: non lo è quando – come in questo caso – l'indicazione della profilassi esigibile, e dunque la sua determinazione, sia affidata all'autorità amministrativa competente, e – si badi – neanche può esserlo quando essa sia integralmente contenuta in una disposizione di legge. La “determinazione” del trattamento sanitario, infatti, costituisce sempre il portato di fattori che, per definizione, si sottraggono a valutazioni di carattere politico: sono l'“agente virale” ed i “dati epidemiologici” ad indicare il farmaco in grado di frenare il contagio; gli uni e gli altri – come la Corte ha avuto modo di chiarire in più occasioni¹³ - rappresentano “fatti” il cui apprezzamento ricade nel dominio della scienza, e che, per ciò stesso, costituiscono l'imprescindibile presupposto di ogni strategia normativa¹⁴.

Ma se è così, non si comprende come la “lista dei vaccini” possa sortire gli effetti auspicati dal giudice costituzionale, riducendo l'ampiezza della delega conferita all'autorità amministrativa. Ed infatti, delle due l'una: o si assume che il legislatore, nel predisporre un tale elenco, possa escludere parte dei vaccini regolarmente autorizzati ed immessi in commercio, sostituendo, così, arbitrariamente, il proprio giudizio alle valutazioni della scienza; oppure, si dovrà ritenere che tali elenchi debbano recepire i *nomina* di tutte le profilassi certificate dalle competenti autorità regolatorie; ed allora si dovrà riconoscere che questa enumerazione (gli elenchi, cioè,) nulla aggiungerebbe ai limiti che già definiscono il potere conferito dall'art. 206-*bis* cod. ordinamento militare all'autorità sanitaria. Con in più un inconveniente: che la “lista”, così richiesta dalla Corte, renderebbe il sistema giuridico insensibile agli *input* provenienti dalla scienza, con l'inevitabile effetto di rendere impossibile l'utilizzo di vaccini che, sebbene dichiarati “sicuri ed efficaci”¹⁵, non siano ancora stati recepiti dalla fonte primaria.

¹³ Sono numerose le pronunce del giudice costituzionale tese a definire i rapporti fra scienza e discrezionalità del legislatore; fra tutte, però, è sembrata particolarmente rilevante la [sentenza n. 282 del 2002](#), ove si legge: «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».

¹⁴ Sul ruolo del “fatto” nella costruzione della disciplina legislativa e nel giudizio costituzionale si veda R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 313 ss.

¹⁵ È, qui, opportuno fare una precisazione in merito al significato della disposizione recata al punto 5.2 del d. interm. del 16 maggio 2018, che, in condizioni di emergenza sanitaria, autorizza la somministrazione di “presidi profilattici non registrati ma di provata sicurezza ed efficacia”; e che, ad avviso del giudice rimettente, renderebbe lecito l'impiego di “vaccini ancora in fase sperimentale” anche a discapito del limite del “rispetto della persona umana” contenuto all'art. 32 Cost. La formula di “provata sicurezza ed efficacia” va, qui, necessariamente assunta nel suo significato giuridico e non naturalistico, e ciò significa che saranno considerati tali solo le profilassi vaccinali, che siano state oggetto dei controlli previsti dal sistema giuridico ed il cui utilizzo sia stato autorizzato dalle competenti autorità regolatorie. Non solo. La preoccupazione del giudice rimettente non sembra trovare fondamento nemmeno quando il farmaco sia oggetto di un'autorizzazione condizionata all'immissione in commercio: anche in questo caso la sicurezza ed efficacia del vaccino

Queste riflessioni portano ad escludere che la “predeterminazione” delle profilassi esigibili possa rimediare al “vizio” che si è attribuito all’art. 206-*bis* e, allo stesso tempo, mostrano anche il “salto logico” che ha portato la Corte ad identificare “l’esigenza costituzionale di determinazione” con il *nomen* del vaccino. Il “salto” appare evidente quando si leggano le parti della sentenza dedicate alle valutazioni che dovrebbero precedere l’eventuale introduzione di un obbligo vaccinale: «la discrezionalità legislativa nell’imposizione degli obblighi vaccinali – vi si chiarisce¹⁶ - deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che devono guidare il legislatore nell’esercizio delle sue scelte discrezionali». Quest’affermazione e la corretta rappresentazione dei rapporti fra scienza e diritto che vi è implicita appaiono, però, contraddette da un altro fondamentale passaggio argomentativo della decisione in commento: «è anzitutto attraverso l’indicazione [...] dello specifico vaccino, a realizzarsi, ad opera del legislatore, il bilanciamento, presupposto dall’art. 32, secondo comma, Cost., tra libera determinazione individuale e tutela della salute collettiva»¹⁷. Ed è, forse, proprio questo il passaggio in cui rimane imbrigliato il ragionamento della Corte: nel leggerlo, infatti, si potrebbe essere indotti a ritenere che il contenuto essenziale della riserva di legge si risolva nella “indicazione dello specifico vaccino”. Da qui, la *ratio* della soluzione prospettata dal giudice costituzionale ed il ruolo che, al suo interno, vi svolge l’enumerazione delle profilassi virtualmente esigibili.

Il problema è, però, che questa conclusione, oltre a presentare gli inconvenienti cui si è accennato, contraddice l’ormai consolidata giurisprudenza della Corte in materia di rapporti fra scienza e diritto, una giurisprudenza alla quale è fatto riferimento nella decisione, ma il cui significato più profondo parrebbe, invece, a rischio di travisamento.

3. Il contenuto essenziale della riserva di legge e la “delega di bilanciamento in concreto”¹⁸

Ed è un travisamento, questo, che probabilmente si può ascrivere ad un perfetibile approfondimento dei termini e dell’oggetto della riserva di legge, nonostante indicazioni utili ad una tale “messa a fuoco” siano presenti in tutta la giurisprudenza costituzionale in materia di obbligo vaccinale.

Nella sentenza [n. 5 del 2018](#), ad es., il “contenuto essenziale” della riserva di legge viene, così, efficacemente rappresentato: «l’art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l’interesse della collettività. [...] Il contemperamento di questi molteplici principi – si prosegue ancora - lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive».

Ciò che in questa sentenza – così come in altre successive¹⁹ - si viene delineando è l’esistenza di un nesso fra oggetto della riserva di legge e decisione del legislatore in ordine al bilanciamento: innanzi al conflitto la cui topografia è, almeno in parte, già tracciata nella norma costituzionale, il legislatore è chiamato a definire il criterio compositivo, ad indicare, cioè, la misura del sacrificio che è possibile imporre a ciascuno degli interessi antagonisti. Ma se è così, è proprio questo “contemperamento” fra salute collettiva ed autodeterminazione individuale, e dunque la decisione in

non sarebbero semplicemente attestati dalla comunità scientifica, non sarebbero, cioè, “meri fatti scientifici”, ma il frutto di certificazioni delle competenti autorità regolatorie, che mirano a garantire il rispetto degli standard di sicurezza fissati da norme regolamentari europee.

¹⁶ C. cost., sentenza n. 25 del 2023, punto 7.3 del diritto

¹⁷ C. cost., sentenza n. 25 del 2023, punto 7.3 del diritto.

¹⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 120 ss.

¹⁹ Si ricordano le sentenze della Corte costituzionale [n. 15](#) e [n. 14 del 2023](#).

ordine al “se” introdurre un obbligo vaccinale (e le sue eventuali modulazioni), a definire il *dominium* esclusivo della legge, lo spazio che la fonte primaria deve necessariamente occupare per non incorrere nella violazione dell’art. 32 Cost.

In questa prospettiva, “l’esigenza costituzionale di determinazione” non implica – come, invece, si è ritenuto – la specificazione della profilassi vaccinale, ma allude, piuttosto, alla necessità che questo bilanciamento sia realizzato «alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche»²⁰: la compressione del diritto individuale di rifiutare un trattamento sanitario non può essere disposta in astratto, ma solo dopo aver attentamente considerato «il livello di gravità della specifica patologia e la sua capacità di diffondersi»²¹.

È, allora, da questa comprensione del “confine” che delimita lo spazio riservato alla legge che avrebbe dovuto muovere il giudizio sulla legittimità dell’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare: la Corte, in altri termini, avrebbe dovuto domandarsi se il legislatore era venuto meno all’obbligo di bilanciare i diritti costituzionali che componevano la topografia del conflitto, lasciando una tale decisione al libero apprezzamento dell’autorità amministrativa.

Per rispondere a quest’interrogativo e valutare l’ampiezza della delega conferita alla sanità militare occorre, però, tornare al testo della disposizione *sub iudicio* ed esaminarne con attenzione la lettera.

Quest’ultima, in realtà, sembra suggerire che il potere dell’autorità amministrativa sia stato sufficientemente circoscritto dalla fonte primaria: la compressione del diritto individuale di rifiutare un trattamento sanitario – recita l’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare – potrà essere legittimamente disposta solo quando si riveli «indispensabile» al «fine di garantire la salute dei singoli e della collettività». Non solo. L’“indispensabilità” dell’obbligo vaccinale – si legge sempre al comma 1 dell’art. 206-*bis* cod. ordinamento militare - non dovrà essere valutata in astratto, ma muovendo dalla considerazione di una serie di “variabili concrete”²²: i «molteplici scenari operativi [...] connotati, ciascuno, da un proprio, e peraltro variabile, rischio epidemiologico, da valutarsi anche alla stregua delle concrete modalità di svolgimento e durata della missione»²³.

Dunque, se è vero che all’autorità sanitaria è attribuito il compito di specificare le profilassi da imporre al personale militare, è anche vero, però, che il bilanciamento degli interessi antagonisti appare integralmente definito nella fonte primaria. Il criterio normativo della “indispensabilità” sembra, infatti, indicare che la compressione dell’autodeterminazione individuale deve rappresentare l’*extrema ratio*, il solo modo di raggiungere l’obiettivo definito dalla legge. Ed è un principio solutivo, questo, che va commisurato «alle particolari e individuate condizioni operative e di servizio», la cui applicazione, quindi, richiede un *surplus* di cognizione: dati che solo chi opera a ridosso della situazione concreta è nella condizione di acquisire.

Questo che si è provato a descrivere è un dispositivo cui il sistema giuridico ricorre nei casi in cui la «non raggiungibile varietà del concreto»²⁴ non può essere racchiusa entro lo schema astratto della fattispecie. Un tale meccanismo²⁵ si compone di una “regola sulla competenza” e di un “criterio deontico”: di una “delega” in favore del soggetto che, più di ogni altro, può garantire l’accesso a quelle ulteriori informazioni utili ad integrare la “topografia del conflitto”²⁶; e di un principio

²⁰ [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.3 del diritto.

²¹ [C. cost., sentenza n. 25 del 2023](#), punto 7.3 del diritto.

²² Sono le coordinate della singola missione che il legislatore non è in grado di acquisire e la cui considerazione è, invece, condizione della ragionevolezza stessa dell’obbligo vaccinale. Come, infatti, spiega la Corte nella sentenza in commento: «sono proprio il livello di gravità della specifica patologia e la sua capacità di diffondersi, insieme al grado di sicurezza della relativa profilassi vaccinale, a costituire gli essenziali elementi che entrano a far parte del giudizio di questa Corte»; e che consentono «di valutare la non irragionevolezza e la non sproporzionalità dell’introduzione dell’obbligo e delle specifiche conseguenze che il legislatore abbia voluto accostare alla sua violazione».

²³ [C. cost., n. 25 del 2023](#), punto 8 del diritto

²⁴ [C. cost., sentenza n. 644 del 1988](#).

²⁵ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 89 ss., li definisce «meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta, caso per caso»

²⁶ Il riferimento è a R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 62 ss.

normativo che definisce la misura del bilanciamento, che indica, cioè, l'entità del sacrificio che è possibile imporre agli interessi che si contendono la protezione del diritto.

Ciò che qui preme sottolineare, però, è che questa “delega di bilanciamento in concreto” non implica – come, forse, ha ritenuto la Corte – una qualche inadempienza del legislatore, il suo venir meno agli oneri che dalla riserva prevista all'art. 32 comma 2 Cost. discendono; l'autorità sanitaria militare non è libera di introdurre un obbligo vaccinale e quindi di comprimere la protezione garantita al diritto di rifiutare un trattamento sanitario; essa rimane vincolata al criterio normativo definito dalla fonte primaria, a quella “indispensabilità” che non può essere valutata in astratto, ma che richiede si considerino le coordinate che connotano la singola missione.

L'erronea rappresentazione della “esigenza costituzionale di determinazione” e la sua identificazione con il *nomen* della malattia e della relativa profilassi, alla fine, sembrano portare la Corte su posizioni teoriche distanti da quelle che, sino a questo momento, aveva coltivato: la soluzione prospettata dal giudice costituzionale, la lista dei vaccini, si segnala perché sottende – almeno nei fatti - una nuova e diversa comprensione del rapporto fra scienza e diritto; e lo stesso può dirsi in merito alla tematizzazione del contenuto essenziale della riserva di legge, che, qui, cessa di essere identificato con la misura del bilanciamento, per essere, invece, integralmente risolto nella specificazione del trattamento sanitario esigibile.