

# Pandemia e diritti fondamentali: una banca dati sulla giurisprudenza in Italia e nel mondo

di

*Paola Iamiceli, professoressa ordinaria di diritto privato nell'Università di Trento*

*Maria Abbruzzese, presidente di sezione, Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli<sup>1</sup>*

Sommario: 1. Introduzione – 2. I principali esiti della ricerca; primi spunti di comparazione – 3. Salute pubblica e diritti fondamentali: le questioni principalmente affrontate – 4. Focus: salute pubblica e accesso all'istruzione – 5. Focus: salute pubblica e vaccini – 6- What is next? I possibili futuri orizzonti della Covid Litigation

## 1. Introduzione

Può un provvedimento governativo imporre limitazioni alla libertà di circolazione per perseguire obiettivi di salute pubblica nel contesto di una pandemia? Quale base scientifica è necessaria per giustificare, allo stesso scopo, la chiusura delle scuole o quella dei negozi? Può un cittadino o un'organizzazione rappresentativa di interessi collettivi pretendere davanti a un giudice l'adozione di misure di precauzione che uno Stato inerte, per ipotesi, non adotti? O richiedere accesso prioritario alle cure o alla vaccinazione, contestando le priorità già definite nella legge o in atti subordinati? Quando e entro quali limiti l'esigenza di contenere il contagio giustifica una minore protezione dei diritti dei richiedenti asilo? Quando ed entro quali limiti l'esigenza di tracciare l'andamento del virus giustifica una minore protezione dei dati personali? In presenza di quali condizioni un legislatore può legittimamente imporre la vaccinazione? Quando può subordinare ad essa l'accesso a servizi essenziali o l'esercizio di libertà personali o economiche?

Questi tra i moltissimi interrogativi dei quali sono stati investiti i giudici di tutto il mondo, da Nord a Sud, da Est a Ovest fin dall'inizio della pandemia da COVID-19<sup>2</sup>. Molte delle questioni sono state affrontate nell'ambito di procedure d'urgenza, proprio perché la risposta fosse tempestiva e precedesse, piuttosto che seguire, l'aggravamento del prezzo pagato dai diritti fondamentali nel

---

<sup>1</sup> L'articolo riflette parte dei risultati di un progetto coordinato dall'Università di Trento, finanziato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e realizzato grazie all'impegno di una vasta rete di studiosi e di giudici che a vario titolo hanno contribuito alla raccolta, alla selezione e all'esame, anche comparato, delle decisioni. Assumendo ogni responsabilità per errori o omissioni, le autrici esprimono un sentito ringraziamento verso ciascuno di loro e, tra questi, a Fabrizio Cafaggi per il continuo dialogo sui temi del progetto e il coordinamento della rete sopra menzionata.

Benché frutto della riflessione comune, i paragrafi 1, 2, 3 e 6 sono stati scritti da Paola Iamiceli, e i paragrafi 4 e 5 sono stati scritti da Mara Abbruzzese.

<sup>2</sup> Per un primo esame del ruolo delle corti nel contesto della pandemia, sia consentito il rinvio a F. Cafaggi – P. Iamiceli,

Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review: The Courts' Perspectives, *European Journal of Risk Regulation* (2021), 1-33, doi:10.1017/err.2021.47; Id., *Global Pandemic and the Role of Courts, Legal Policy & Pandemics. The Journal of the Global Pandemic Network*, 2021, 159-180, DOI: 10.53136/979125994435114. Sullo stesso tema, seppure da altra prospettiva, T. Ginsburg & M. Versteeg, "The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic," *19 International Journal of Constitutional Law* 1498 (2021).

contesto della pandemia<sup>3</sup>. Procedure *ad hoc* sono state istituite o, più spesso, riattivate a questo fine<sup>4</sup>. Né i giudici si sono astenuti dal fornire risposte che potessero guidare le istituzioni anche là dove la misura impugnata non fosse più in vigore ma, dati gli elementi di contesto, vi fosse una ragionevole possibilità che fosse adottata nuovamente con caratteristiche non dissimili da quelle della misura impugnata<sup>5</sup>.

In un tempo in cui le istituzioni hanno dovuto assumere decisioni immediate, con il presidio di comitati scientifici comunque in affanno rispetto al succedersi inclemente delle varianti e l'incalzare delle diverse ondate, i giudici hanno rappresentato in moltissimi casi gli artefici di un nuovo bilanciamento tra diritti e libertà, alla ricerca di nuovi equilibri che, in applicazione dei principi di giustizia dello Stato di diritto, potessero fare da contrappeso al disegno dei poteri istituzionali dettato dall'emergenza<sup>6</sup>.

Se, per un verso, quasi ovunque la pandemia ha affidato ai giudici il difficile compito di valutare la legittimità delle azioni (e omissioni) degli Stati, per l'altro, l'intensità e i modi in cui tale ruolo è stato assolto non sono stati affatto uniformi, risentendo necessariamente del contesto istituzionale, culturale, sociale ed economico in cui il contenzioso è maturato<sup>7</sup>.

Muovendo da queste constatazioni, una rete di studiosi e di giudici, coordinata dall'Università di Trento, ha dato vita a un progetto di ricerca volto a creare una banca dati giurisprudenziale specializzata sul contenzioso maturato nel contesto pandemico: un ideale luogo di dialogo tra corti

<sup>3</sup> V. es. in Italia, tra le molte: Cons. St., 11 dicembre 2020, n. 7097 (<https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-council-state-order-no-70972020-2020-12-11>); Cons. St., 2 aprile 2021, n. 1804 (<https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-council-state-no-1804-2021-04-02>); Tar Campania (Salerno), Piemonte, Emilia Romagna (Bologna), Friuli Venezia Giulia, 8 gennaio 2022 (<https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-administrative-regional-tribunal-piemonte-campania-emilia-romagna-fvg-lega>); Tar Sicilia, 16 marzo 2022, n. 351 (<https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-administrative-justice-council-region-sicily-order-no-3512022-2022-03-16>)

V. anche F. Patroni Griffi, 'Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza' (Giustizia Amministrativa, 2021) <<https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/4267397/Patroni+Griffi+-+Il+giudice+amministrativo+come+giudice+dell'emergenza.docx/cb4dde87-351c-8396-ce13-d31b48c2aa9e?t=1618321039697>>

<sup>4</sup> Di grande rilevanza sotto questo profilo è la procedura attivata in Spagna per una previa 'ratification' giudiziaria prevista per tutte le misure adottate dalle autorità competenti per contrastare la pandemia aventi un impatto sui diritti fondamentali ("*las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*"). V., tra i primi, Tribunal Supremo TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4<sup>a</sup>), no 719/2021, 24 maggio 2021 JUR\2021\157658; Tribunal Superior de Justicia TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8<sup>a</sup>), no 93/2021, 7 maggio 2021 JUR\2021\142006; Tribunal Supremo, 22 gennaio 2022, n. 60/2022 (<https://www.covid19litigation.org/case-index/spain-supreme-court-no-602022-2022-01-25>). Ma v., da ultima, Trib. Const., 2 giugno 2022, n.70, che ha dichiarato incostituzionale la disciplina relativa alla ratifica o autorizzazione preventiva di misure legislative o atti amministrativi aventi un impatto sui diritti fondamentali, in quanto lesiva del principio di separazione dei poteri.

Di pari rilevanza è il ricorso all'*amparo* nella stessa Spagna e nei paesi dell'America Latina (es.: Costa Rica, Corte Suprema di Giustizia, sez. cost., 9 febbraio 2022, No. 02900, <https://www.covid19litigation.org/case-index/costa-rica-supreme-court-justice-constitutional-chamber-no-02900-2022-02-09>; Cile, Corte Suprema, 18 gennaio 2022, No. 630-2022, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Cile-supreme-court-second-chamber-no-630-2022-2022-01-18>; El Salvador, Corte Suprema, 23 Agosto 2021, No. 17-2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/el-salvador-supreme-court-constitutional-chamber-no-17-2021-2021-08-23>), nonché il *référé liberté* nel sistema Franciese (e.g., Cons. St., 1 Aprile 2021, Ordin. n. 450956, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Francia-council-state-ordin.-n-450956-2021-04-01>).

<sup>5</sup> V. es., per l'Italia, Cons. Stato 13 maggio 2021, n. 850; per la Slovenia, Corte cost., 27 agosto 2020, No. U-I-83/20-36, <https://www.covid19litigation.org/case-index/slovenia-constitutional-court-slovenia-no-u-i-8320-36-2020-08-27>

<sup>6</sup> T. Ginsburg & M. Versteeg, "The Bound Executive", cit.; F. Cafaggi – P. Iamiceli, Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review, cit.

<sup>7</sup> T. Ginsburg & M. Versteeg, "The Bound Executive", cit.; F. Cafaggi – P. Iamiceli, Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review, cit.

di tutto il mondo, investite di questioni simili e impegnate a bilanciare diritti e libertà incise dalle misure antipandemiche<sup>8</sup>.

Il *Covid19 Litigation Database*, in parte anticipato dall'aggiornamento quasi quotidiano delle notizie sui casi più recenti, oggi presenta più di 1500 decisioni emesse da tribunali di tutti i continenti e collocati in circa 80 paesi: il frutto di una collaborazione internazionale che, anche grazie a un finanziamento dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, oggi coinvolge sette università, alcune decine di giovani ricercatori, oltre a una ampia rete di studiosi e di giudici, che a vario titolo contribuiscono a questa iniziativa<sup>9</sup>.

L'obiettivo è stato quello di consentire ai *policy makers* di confrontarsi con gli esiti del sindacato giurisdizionale svolto su un'ampia gamma di misure per poterne trarre indicazioni potenzialmente utili a orientare scelte future; quello di favorire, direttamente o indirettamente, un dialogo tra corti di paesi diversi, perché, nella consapevolezza della diversità dei sistemi e delle tradizioni giuridiche, i giudici potessero riflettere sulla possibile trasposizione di analoghe tecniche interpretative e di bilanciamento; quello di offrire agli studiosi l'opportunità di individuare nuovi percorsi di ricerca, anche interdisciplinare, volti a integrare modelli di determinazione di misure di salute pubblica tenendo conto dell'impatto che queste producono sui diritti fondamentali degli individui e della collettività<sup>10</sup>.

Si tratta di obiettivi ambiziosi, il cui valore potrà essere misurato nel tempo ben oltre il presente contesto pandemico, peraltro non ancora esaurito. Ciò non solo nel caso in cui analoghe emergenze dovessero malauguratamente ripetersi, ma anche ove altro genere di sfide globali, es. ambientali o geopolitiche, dovessero costringere i decisori pubblici a compiere nuove tragiche scelte atte a limitare i diritti fondamentali di individui e collettività in nome della salute o della sicurezza pubblica.

---

<sup>8</sup> Il progetto "Covid19 Litigation" è coordinato dall'Università di Trento (Facoltà di Giurisprudenza) con il finanziamento dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Il Database giurisprudenziale, la pagina dedicata agli aggiornamenti (News) e altri materiali redatti nell'ambito del progetto sono liberamente accessibili alla pagina <https://www.covid19litigation.org/>

<sup>9</sup> Sono attualmente partner del progetto "Covid19 Litigation": il Solomon Center of Health Law (Yale Law School), l'Università Externado in Colombia, la National University of Singapore, la VIT School di Chennai (India), la NTH University in Taiwan, la Makerere University (Uganda), il Center for Health Law Research at QUT (Australia), il Global Pandemic Network.

<sup>10</sup> Non mancano nel contesto del dibattito scientifico approcci c.d. olistici allo studio dell'impatto delle misure antipandemiche, volti a valorizzare il dialogo tra scienza dei dati, epidemiologia e altre scienze (v., es., T. Alamo, G. Giordano et al., 'Data-Driven Methods for Present and Future Pandemics: Monitoring, Modelling and Managing?', <<https://arxiv.org/pdf/2102.13130.pdf>>; N. Haug, P. Klimek et al., 'Ranking the effectiveness of worldwide COVID-19 government interventions', (2020) 4 Nat. Hum. Behav. 1303 <<https://doi.org/10.1038/s41562-020-01009-0>>; J.M. Brauner, Jan Kulveit et al., 'Inferring the effectiveness of government interventions against COVID-19' <10.1126/science.abd9338>. Non sono tuttavia noti approcci interdisciplinari che incorporino l'impatto delle misure antipandemiche sui diritti fondamentali.

## 2. I principali esiti della ricerca; primi spunti di comparazione

Il progetto non ambisce a mappare l'intera giurisprudenza disponibile. L'approccio è selettivo, non inclusivo. Particolare attenzione è posta sulle decisioni delle corti supreme, su quelle che, per i loro contenuti e l'autorità dei tribunali, sono destinate a influenzare la giurisprudenza successiva, quelle che più si soffermano sulle diverse tecniche di bilanciamento e sull'applicazione dei principi generali, quelle che, nel giudicare illegittimo un provvedimento, affidano alla motivazione una chiara analisi degli interessi in gioco e della base giuridica delle conclusioni raggiunte. La selezione ha inoltre curato la distribuzione geografica tra paesi e regioni del mondo e una certa differenziazione tra i temi affrontati, nel tentativo di dar conto dell'emergere delle questioni, anche in ragione delle fasi pandemiche, peraltro eterogenee a seconda dei paesi: dal focus sui lockdown<sup>11</sup>, sulle chiusure commerciali<sup>12</sup> e sulla scuola<sup>13</sup>, propri dei primi lunghi mesi, si è passato ai temi dell'accesso ai

<sup>11</sup> V. ad es.: Australia, High Court of Australia, 10 Dicembre 2020, Gerner & Arnor. v Victoria, <https://www.covid19litigation.org/case-index/australia-high-court-australia-gerner-arnor-v-victoria-2020-12-10>; Canada, Ontario Superior Court of Justice, 10 Dicembre 2020, Canadian Appliance Source LP v. Ontario (Attorney General), <https://www.covid19litigation.org/case-index/canada-ontario-superior-court-justice-canadian-appliance-source-lp-v-ontario-attorney>; Francia, Cons. St., 8 Dicembre 2020, Ordin. n°446715, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Francia-council-state-ordin.-ndeg446715-2020-12-08>; India, Corte Suprema, 27 Novembre 2020, W.P.(C.) No. 825 of 2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/india-supreme-court-india-wpc-no-825-2020-2020-11-27>; USA, United States District Court, District of Colorado, 15 Ottobre 2020, Denver Bible Church v. Azar, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-united-states-district-court-district-colorado-denver-bible-church>; Cile, Corte Suprema, 1 Ottobre 2020, Rol No. 77.830-2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Cile-supreme-court-rol-no-77830-2020-2020-10-01>; Sud Africa, High Court, 1 Ottobre 2020, No. 1789/2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/south-africa-high-court-no-17892020-2020-10-01>

Sul divieto generalizzato di attività all'aperto adottato dalla Svizzera nella prima fase della pandemia è intervenuta di recente anche la Corte di Strasburgo, ritenendo la misura sproporzionata (CtEDU, Affaire Communauté Genevoise D'action Syndicale (CGAS) C. Suisse, 15 marzo 2022, Req. n. 21881/20).

<sup>12</sup> V. ad es.: USA, United States District Court for the Middle District of Pennsylvania, 23 Dicembre 2020, No. 509 F.Supp.3d 235, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-united-states-district-court-middle-district-pennsylvania-no-509>; Francia, Cons. St., 30 dicembre 2020, No. 448201, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Francia-council-state-no-448201-2020-12-30>; Sud Africa, The High Court of Sud Africa (Western Cape High Court), 11 dicembre 2020, 6118/2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/south-africa-high-court-south-africa-western-cape-high-court-61182020-2020-12-11>; Italia, Cons. St., 27 Aprile 2020, Decree No. 2294, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-council-state-decree-no-2294-2020-04-27>; Italia, Cons. St., 22 Febbraio 2021, No. 886, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-council-state-no-886-2021-02-22>.

<sup>13</sup> V. ad es. USA, U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, 31 dicembre 2020, Monclova Christian Academy v. Toledo-Lucas County Health Dpt, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-us-court-appeals-sixth-circuit-monclova-christian-academy-v-toledo>; Italia, Administrative Regional Court of Calabria, 18 Dicembre 2020, A.A. c/ Regione Calabria in C. n. R.G. 303001383, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-administrative-regional-court-calabria-aa-c-regione-calabria-c-n-rg-303001383-2020>; T.a.r. Napoli, 28 settembre 2021, n. 7351; Italia, Cons. St., 10 Novembre 2020, N. 6453. n. 202008634 R.G. CDS, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-council-state-n-6453-n-202008634-rg-cds-2020-11-10>; Germania, Federal Constitutional Court, 15 Luglio 2020, 1 BvR 1630/20, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Germania-federal-constitutional-court-1-bvr-163020-2020-07-15>; Cile, Corte Suprema, 10 Dicembre 2020, Rol. No. 143.937-2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Cile-supreme-court-rol-no-143937-2020-2020-12-10>; Sud Africa, High Court of Sud Africa (Gauteng Division, Pretoria), 17 Luglio 2020, 22588/2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/south-africa-high-court-south-africa-gauteng-division-pretoria-225882020-2020-07-17>; India, High court of Delhi, 18 Settembre 2020, 3004/2020, 10415-10417/2020, 10675/2020, 12235-12236/2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/india-high-court-delhi-30042020-10415-104172020-106752020-12235-122362020-2020-09-18>.

vaccini<sup>14</sup> e del mandato vaccinale<sup>15</sup>, dell'uso delle certificazioni<sup>16</sup> e dell'impatto sui rapporti di lavoro<sup>17</sup>.

Tale premessa metodologica porta ad escludere, nel progetto, qualsiasi ambizione statistica, non invece la possibilità di un'analisi di tipo qualitativo (e in parte quantitativo) rispetto ad alcune delle tendenze emergenti dall'insieme delle decisioni selezionate<sup>18</sup>.

Potrà dunque osservarsi che l'adozione di misure antipandemiche ha suscitato un intenso contenzioso in diversi paesi europei (tra cui l'Italia e, prima ancora, la Francia, la Spagna, la Germania), nel Nord America (gli Stati Uniti molto più che in Canada), nel Sud America (in particolare il Brasile, l'Argentina, la Costa Rica, il Cile, la Colombia), in India (molto di più che in altri paesi dell'Asia, Cina compresa, dove il contenzioso è stato più contenuto e comunque più difficilmente accessibile). Ugualmente limitata (oltre che difficilmente accessibile) è la casistica relativa ai paesi africani, con una concentrazione relativamente maggiore in Sud Africa, Kenya, Zimbabwe. Piuttosto circoscritto è stato fin dall'inizio anche il contenzioso in Oceania.

<sup>14</sup> V. ad es. Costa Rica, Corte Suprema, sez. cost., 9 marzo 2021, No. 04842 (reg no 21-002457-0007-CO), <https://www.covid19litigation.org/case-index/costa-rica-supreme-court-justice-constitutional-chamber-no-04842-reg-no-21-002457-0007>; Brasile, Supreme Federal Court, 1 Marzo 2021, ADPF 754-DF, <https://www.covid19litigation.org/case-index/brazil-brazilian-supreme-federal-court-adpf-754-df-2021-03-01>; Brasile, Corte Suprema Federale Brasiliana, 30 Agosto 2021, Ação Cível Originária 3.518 Distrito Federal. Min. R. L., <https://www.covid19litigation.org/case-index/brazil-brazilian-supreme-federal-court-acao-civel-originaria-3518-distrito-federal-min-r>; Francia, Cons. St., 5 Febbraio 2021, No. 449081, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Francia-council-state-no-449081-2021-02-05>; Germania: Administrative Court of Frankfurt am Main, 12 Febbraio 2021, no 5 L 219/21.F; Administrative Court of Gelsenkirchen, 18 Febbraio 2021, no 20 L 182/21; Administrative Court of Schleswig-Holstein, 17 Febbraio 2021, no 1 B 12/21; India, High Court of Bombay, 14 giugno 2021, PIL(l)-9228-2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/india-high-court-bombay-pill-9228-2021-2021-06-14>; Spagna, Cataluña High Court of Justice, 27 Aprile 2021, Auto, <https://www.covid19litigation.org/case-index/spain-cataluna-high-court-justice-auto-2021-04-27>

<sup>15</sup> V. ad es. Italia, Cons. St., 20 Ottobre 2021, No. 7045, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-council-state-no-7045-2021-10-20>; Italia, Administrative Justice Council for the Region of Sicily, 16 Marzo 2022, Order no. 351/2022, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-administrative-justice-council-region-sicily-order-no-3512022-2022-03-16>; Indonesia, Corte Suprema, 24 Marzo 2021, Decision No. 10 P/HUM/2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/indonesia-supreme-court-decision-no-10-phum2020-2021-03-24>; USA, U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, 2 Agosto 2021, Klaassen v. Trustees of Indiana University, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-us-court-appeals-seventh-circuit-klaassen-v-trustees-indiana-o>

<sup>16</sup> V. ad es. CGUE, 30 Novembre 2021, T-710/21 R, <https://www.covid19litigation.org/case-index/supranational-court-justice-european-union-president-general-court-t-71021-r-2021-11-30>; Argentina, Corte Suprema di Giustizia della provincia di Buenos Aires, 28 Dicembre 2021, B-77604, <https://www.covid19litigation.org/case-index/argentina-supreme-court-justice-province-buenos-aires-b-77604-2021-12-28>; Israel, The Corte Suprema of Israel sitting as High Court of Justice, 14 Settembre 2021, HCJ 5322/21 M.C. v. Government of Israel, <https://www.covid19litigation.org/case-index/israel-supreme-court-israel-sitting-high-court-justice-hcj-532221-mc-v-government-israel>; Italia, Cons. St., 17 Settembre 2021, No. 5130, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-council-state-no-5130-2021-09-17>; Francia, Cons. St., 14 Dicembre 2021, No. 458876, 458955, 458965, 459037, 459053, 459124, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Francia-council-state-no-458876-458955-458965-459037-459053-459124-2021-12-14>; Spagna, Corte Suprema, 14 Settembre 2021, 1112/2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/spain-supreme-court-sentencia-11122021-2021-09-14>; India, High Court of Kerala at Ernakulam, 28 Settembre 2021, No. 16833 and No. 17071, <https://www.covid19litigation.org/case-index/india-high-court-kerala-ernakulam-no-16833-and-no-17071-2021-09-28>.

<sup>17</sup> V. ad es. USA, Corte Suprema of the United States, 29 Ottobre 2021, No. 21A90, 2021 WL 5027177, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-supreme-court-united-states-no-21a90-2021-wl-5027177-2021-10-29>; Grecia, Cons. St., 29 Giugno 2021, Decision n. 133/2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Grecia-council-state-decision-n-1332021-2021-06-29>; Nuova Zelanda, High Court, 24 Settembre 2021, GF v Minister of Covid-19 Response, <https://www.covid19litigation.org/case-index/new-zealand-high-court-new-zealand-gf-v-minister-covid-19-response-2021-09-24>

<sup>18</sup> Non hanno dunque ambizione statistica le rappresentazioni grafiche di alcune stime quantitative sui casi rilevati dal Database, visibili alla pagina <https://www.covid19litigation.org/case-index/database-charts>

Diverse, almeno in parte, sono stati anche gli approcci e le questioni affrontate. Mentre in molte aree dell'Europa continentale e del Sud America i giudici hanno fatto largo uso dei principi generali (*in primis*, proporzionalità e precauzione) per valutare la legittimità dei provvedimenti amministrativi e la conformità a Costituzione di leggi e regolamenti, ripercorrendo sotto questo profilo l'analisi sostanziale sottesa al bilanciamento, già compiuta dal decisore politico o amministrativo<sup>19</sup>, in altri contesti (in buona parte della giurisprudenza statunitense, ad esempio) l'accento è stato maggiormente posto sul legittimo esercizio del potere da parte dell'autorità a ciò competente, facendosi al più ricorso al criterio di ragionevolezza, peraltro spesso invocato dai giudici in quasi ogni parte del mondo<sup>20</sup>. In alcuni contesti, la natura fondamentale del diritto (già di per sé non uniformemente definita nei diversi ordinamenti<sup>21</sup>) è un limite esterno all'esercizio del potere autoritativo, rilevandone solo la violazione manifesta (*plain and palpable*)<sup>22</sup>; l'approccio europeo, oggi ben riflesso nell'art. 52, Carta dei diritti fondamentali dell'UE, porta invece il diritto fondamentale (più ampiamente definito) dentro il giudizio di bilanciamento, per lo più ancorandolo al principio di proporzionalità<sup>23</sup>. In alcuni contesti (Europa continentale e Sud America) più che in

<sup>19</sup> V. es., per la Spagna, Tribunal Supremo, 14 settembre 2021, 1112/2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/spain-supreme-court-sentencia-11122021-2021-09-14>, relativa all'uso del passaporto vaccinale per l'accesso a bar e ristoranti, in cui la Corte ha sostenuto che la misura è adeguata per evitare i contagi (pub, ristoranti e bar sono, per loro stessa natura, locali ad alto rischio, poiché i dispositivi di protezione non possono essere utilizzati in modo permanente, è difficile mantenere la distanza di sicurezza e le persone di solito parlano a voce più alta o addirittura cantano, il che contribuisce a trasmettere il Covid-19. In secondo luogo, la Corte ha ritenuto che il passaporto per il Covid è una misura necessaria, poiché nessun'altra misura meno restrittiva dei diritti fondamentali potrebbe contribuire a contenere il rischio di contagio in questo tipo di locali. In terzo luogo, ha ritenuto la misura strettamente proporzionale, poiché i benefici apportati sono maggiori del sacrificio che comporta la necessità di mostrare i documenti all'ingresso degli stabilimenti. Inoltre, la misura non si applica indiscriminatamente a tutta la regione, poiché varia a seconda dei diversi tassi di incidenza, né è permanente, poiché è soggetta a cambiamenti a seconda dell'evoluzione della pandemia.

<sup>20</sup> Sotto questo profilo la giurisprudenza statunitense ha fatto ampia applicazione dei principi già stability più di un secolo fa nel caso *Jacobson*, secondo cui: "According to settled principles the police power of a State must be held to embrace, at least, such reasonable regulations established directly by legislative enactment as will protect the public health and the public safety. If there is any such power in the judiciary to review legislative action in respect of a matter affecting the general welfare, it can only be when that which the legislature has done comes within the rule that if a statute purporting to have been enacted to protect the public health, the public morals or the public safety, has no real or substantial relation to those objects, or is, beyond all question, a plain, palpable invasion of rights secured by the fundamental law, it is the duty of the courts to so adjudge, and thereby give effect to the Constitution" [USA, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905)].

<sup>21</sup> Es. il diritto al lavoro non è un diritto fondamentale secondo alcuni ordinamenti di *common law*. Es., United States District Court for the District of Hawai'i, 26 Febbraio 2021, *Kelley O'Neil's Inc. v. Ige*, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-united-states-district-court-district-hawaii-kelley-oneils-inc-v>, dove, premesso che il XIV Emendamento in tema di *Due Process* protegge solo libertà fondamentali, si esclude che il diritto alla scelta dell'occupazione rappresenti un diritto fondamentale; ne consegue che l'unico sindacato giurisdizionale ammissibile è quello volto ad accertare se l'autorità abbia avuto una ragione legittima per agire; High Court of Nuova Zelanda, 25 Febbraio 2022, *Yardley v Minister for Workplace Relations and Safety* [2022] NZHC 291; BC202260255), dove si conclude che il diritto al lavoro ha solo una rilevanza indiretta nel sindacato giurisdizionale relativo al mandato vaccinale in quanto il diritto al lavoro non è riconosciuto nel *Bill of Rights* della Nuova Zelanda del 1990.

<sup>22</sup> V. ad es. USA, *Hopkins Hawley LLC v. Cuomo*, No. 20-CV-10932 (PAC), 2021 WL 1894277 (S.D.N.Y. Maggio 11, 2021): "(...) The court found that "Plaintiffs' [c]onstitutional claims against the Governor's Dining Policy fail under the deferential standard set forth in *Jacobson v. Massachusetts*," which held that during public health crises, a public health law should only be struck down if it had "no real or substantial relation" to public health or was "a plain, palpable invasion of rights secured by the fundamental law." Id. (quoting *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 31 (1905)). "The Dining Policy bears a relation to the public welfare by seeking to curb the transmission of COVID-19 in higher risk settings such as restaurants. Moreover, the Plaintiffs have not shown that the Dining Policy is 'beyond all question, a plain, palpable invasion of rights secured by fundamental law.'" Id. (quoting *Jacobson*, 197 U.S. at 31). Even under a traditional "tiers of scrutiny" analysis, though, the court concluded that Plaintiffs' claims would fail. Id. "Plaintiffs' claims do not implicate any fundamental rights under the Constitution and therefore do not trigger a heightened standard of judicial review. Accordingly, rational basis review applies," and the Dining Policy was undoubtedly a rational measure intended to slow the spread of COVID-19. Id."

<sup>23</sup> Per una chiara applicazione del test di proporzionalità secondo i parametri della adeguatezza della misura, della necessità e della proporzionalità in senso stretto quale equilibrio tra costi e benefici, v. la pronuncia

altri, il principio di proporzionalità è spesso abbinato a quello di precauzione: se il primo è per lo più impiegato quale tecnica di bilanciamento al fine di comparare i benefici attesi dalla misura in termini di contenimento del rischio o prevenzione del danno con i sacrifici imposti all'individuo o alla collettività<sup>24</sup>, il secondo entra in gioco (in via complementare e non alternativa al primo<sup>25</sup>) tutte le volte in cui tale comparazione non può affidarsi a misurazioni certe, per cui, essendo molto alto il valore degli interessi in gioco (la vita, la salute pubblica), la pur incerta possibilità del beneficio arrecato dalla misura giustifica il sacrificio del valore contrapposto<sup>26</sup>. Questi filoni giurisprudenziali, che trovano alcune eco in India sia sotto il profilo del bilanciamento tra diritti che dell'applicazione dei principi generali (es. di proporzionalità)<sup>27</sup>, sono complessivamente più rari in altri paesi dell'Asia. In molti paesi asiatici (la Cina *in primis*) non solo il contenzioso è più limitato (o le decisioni più difficilmente reperibili) ma la contestazione tende anche a spostarsi dal vaglio di legittimità della regola a quello di legittimità della sanzione comminata contro l'infrazione della regola<sup>28</sup>.

---

spagnola cit. nella nt. 18, così come, per la Germania, Corte Cost. Fed., 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21 Rn. 1-306, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Germania-federal-constitutional-court-1-bvr-78121-rn-1-306-2021-11-19> (in tema di coprifuoco e restrizione dei contatti interpersonali); per l'Italia (almeno in relazione ai criteri di adeguatezza e proporzionalità in senso stretto), Corte cost., 22 ottobre 2021, n. 198. Analoghi test a tre livelli è usato in America Latina (es. in Colombia, Corte cost., 25 giugno 2020, n. 201, <https://www.covid19litigation.org/case-index/colombia-constitutional-court-no-201-2020-06-25>, in tema di sospensione dei termini per l'estradizione (la valutazione, ritiene la Corte, deve riguardare (i) la costituzionalità dello scopo che si vuole soddisfare e dell'idoneità della misura a raggiungere gli obiettivi proposti; (ii) la sua necessità in assenza di altri mezzi meno dannosi ma ugualmente idonei; e (iii) la sua proporzionalità in senso stretto.

<sup>24</sup> Per l'Italia, Cons. Stato 13 maggio 2021, n. 850, cit.

<sup>25</sup> CEDU, 8 aprile 2021, *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* [GC]. Con riferimento al panorama italiano, intende la proporzionalità quale criterio posto a presidio di un adeguato bilanciamento tra interessi generali e individuali e richiama in tal senso la giurisprudenza della CEDU: Corte cost. 19 ottobre 2021, n. 213 in tema di sospensione dei procedimenti di sfratto: "La significativa estensione temporale dell'emergenza rendeva peraltro necessario il progressivo adattamento delle misure apprestate per fronteggiarla, in modo da tenere nel debito conto la concreta evoluzione della situazione epidemiologica e assicurare sempre la proporzionalità delle misure medesime rispetto a tale situazione. (...) Con riferimento all'incidenza sproporzionata della misura in esame sul diritto di proprietà del locatore, occorre ricordare che questa Corte, anche in pronunce recenti, ha ribadito che un'ingerenza nel diritto al pacifico godimento dei beni è ammissibile ove sussista un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e la salvaguardia dei diritti dell'individuo (ex multis, sentenze n. 46 del 2021, n. 276, n. 235 e n. 167 del 2020). Sulla stessa linea si pone, da tempo, la giurisprudenza della Corte EDU nell'interpretazione della garanzia espressa all'art. 1 Prot. addiz. CEDU (Corte europea dei diritti dell'uomo, grande camera, sentenza 6 ottobre 2005, *Maurice contro Francia*, paragrafo 86)."

<sup>26</sup> Cfr., nella giurisprudenza italiana pre-pandemica: Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5 ("A fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro, questa Corte ritiene che rientri nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione."). Per la Francia, Cons. St., 13 novembre 2020, No. 248.918, per il quale il principio di precauzione è rivolto alle autorità pubbliche nell'esercizio del loro potere discrezionale; implica una scelta politica sul livello di rischio accettabile e non crea, in quanto tale, un diritto delle persone fisiche o giuridiche.

Sul tema, con prevalente riguardo alla prima legislazione antipandemica, K. Meßerschmidt, 'COVID-19 legislation in the light of the precautionary principle', (2020) 8 *Theory and practice of legislation* <<https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1783627>>

<sup>27</sup> V. es., per l'India, Corte Suprema, New Delhi, 29 Settembre 2021, No. 1113 of 2021 and No. 1114 of 2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/india-supreme-court-india-new-delhi-no-1113-2021-and-no-1114-2021-2021-09-29>; High Court of Madras, 30 Luglio 2021, W.P. No. 8490 of 2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/india-high-court-madras-wp-no-8490-2020-2021-07-30>

<sup>28</sup> V. es., per la Cina: Tianjin No.1 Intermediate People's Court, 13 Ottobre 2020, C., L. v. Police Department Wen'an Street, <https://www.covid19litigation.org/case-index/china-tianjin-no1-intermediate-peoples-court-c-l-v-police-department-wenan-street-2020>; Intermediate People's Court of Chenzhou City, 29 Settembre 2020, Administrative Decision (Appeal) No. 105 of 2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/china-intermediate-peoples-court-chenzhou-city-administrative-decision-appeal-no-105>; Yanchuan People's Court Shan'xi Province, 8 Settembre 2020, Ma, Rui v. Police Department Baota, Yan'an, (2020) 0622 45, <https://www.covid19litigation.org/case-index/china-yanchuan-peoples-court-shanxi-province-ma-rui-v-police-department-baota-yanan-2020>; per il Giappone, Naha District Court (1st Criminal Department), 24

La diversità dei sistemi giuridici e giurisdizionali è altresì significativa sotto il profilo dei rimedi attivati. Senza dubbio, specialmente nelle fasi in cui le misure antipandemiche sono state più severe, quasi ovunque il contenzioso è stato volto a sospendere o porre definitivamente nel nulla gli effetti dei provvedimenti adottati. Così, le declaratorie di invalidità, variamente abbinate a forme di tutela caducatoria o inibitoria, sono state tra gli esiti più diffusi del contenzioso. Più difficile, specie in alcuni paesi, è stato contrastare la mancata adozione di misure di precauzione, posto che in molti sistemi a ciò si oppongono principi consolidati, a partire da quello della separazione dei poteri<sup>29</sup>. Diversamente, la condanna giudiziale all'assunzione di misure positive è rimedio non di rado applicato in alcuni paesi africani<sup>30</sup>, del Sud America<sup>31</sup> e in India<sup>32</sup>. Mentre la valutazione del pregiudizio (atteso o recato) ha spesso accompagnato il sindacato giurisdizionale sulla legittimità delle misure, anche ai fini dell'applicazione di misure cautelari, per il momento le richieste di risarcimento si sono affacciate solo di rado nei procedimenti già conclusi e mai o quasi mai hanno trovato accoglimento<sup>33</sup>.

Nel complesso la ricerca ha mostrato che in diversi casi (quasi la metà di quelli oggi presenti del Database) i giudici hanno accolto, almeno in parte, la domanda volta a far valere l'illegittimità dell'operato del legislatore o dell'amministrazione, rigettandola invece in molti altri casi<sup>34</sup>. Se i casi

---

Febbraio 2021, No. 361 (wa) 2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/japan-naha-district-court-1st-criminal-department-no-361-wa-2020-2021-02-24>; per la Thailandia, Thoeng Provincial Court, 2 Giugno 2020, No. Aor 182/2563, <https://www.covid19litigation.org/case-index/thailand-thoeng-provincial-court-no-aor-1822563-2020-06-02>; per l'India, High Court of Delhi, New Delhi, India, 16 Novembre 2021, No. 3268/2021; 2497/2021; 935/2021; 3346/2021; 1217/2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/india-high-court-delhi-new-delhi-india-no-32682021-24972021-9352021-33462021-12172021>

<sup>29</sup> Es., per gli Stati Uniti: U.S. District Court, Southern District of New York, 9 Ottobre 2020, *Does v. Barr*, 20-CV-3067 (RA), 2020 WL 5995132, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-us-district-court-southern-district-new-york-does-v-barr-20-cv> ("28 U.S.C. § 1361 does not authorize federal courts to compel action by state officials"). Nelle Filippine la Corte Suprema ha concluso: "*Mandamus* is an appropriate remedy only where the law prescribes and defines the duty to be performed with such precision and certainty as to leave nothing to the exercise of discretion or judgment. The job of the Court is to say what the law is, not dictate how another branch of government should do its job." (Kataas-taasang Hukuman ng Pilipinas, Corte Suprema of the Philippines, 1 Settembre 2020).

<sup>30</sup> E.g., per il Sud Africa, High Court (Gauteng Division, Pretoria), 17 Luglio 2020, no 22588/2020, *Equal Education and Others v Minister of Basic Education and Others* (22588/2020) [2020] ZAGPPHC 306; [2020] 4 All SA 102 (GP); 2021 (1) SA 198 (GP); High Court of Kenya, 3 Agosto 2020, *Petition 78,79,80,81/2020, Law Society of Kenya & 7 others v Cabinet Secretary for Health & 8 others*; High Court of Kenya at Siaya, 15 Giugno 2020, *Petition No 1 of 2020, Joan Akoth Ajuang & another v Michael Owuor Osodo the Chief Ukwala Location & 3 others*; Law Society of Kenya & another [2020] eKLR; di altro avviso: *The Employment & Labour Relations Court of Kenya, Petition 122 of 2020*, 17 Marzo 2021, *Kenya National Private Security Workers Union & 44 Others v The Cabinet Secretary Ministry of Health & Others*.

<sup>31</sup> Es., in Brasile, Corte Suprema Federale Brasiliana, 30 Agosto 2021, *Ação Cível Originária 3.518 Distrito Federal. Min. R. L.*, <https://www.covid19litigation.org/case-index/brazil-brazilian-supreme-federal-court-acao-civel-originaria-3518-distrito-federal-min-r>; in Colombia, Cons. St., 50001-23-33-000-2020-00364-01 (AC) 3 de Julio de 2020.

<sup>32</sup> Es., High Court of Bombay, 14 Giugno 2021, PIL(l)-9228-2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/india-high-court-bombay-pill-9228-2021-2021-06-14>

<sup>33</sup> V. es., nel panorama italiano, T.a.r. Napoli, 28 settembre 2021, n. 7351; T.a.r. Lazio, 5 aprile 2022, n. 3910/2022; 2 maggio 2022, n. 5411/2022; 9 maggio 2022, n. 5724/2022. In senso diverso (per il riconoscimento di un diritto al risarcimento del danno), in Russia, con riguardo alla responsabilità del datore di lavoro per sospensione illegittima del lavoratore in relazione a un preteso obbligo vaccinale: Federazione Russa, *Krasnooktyabrsky District Court of city of Volgograd*, 23 Dicembre 2021, No. 34RS0005-01-2021-005746-62, <https://www.covid19litigation.org/case-index/russian-federation-krasnooktyabrsky-district-court-city-volgograd-no-34rs0005-01-2021>; in India, in tema di responsabilità della struttura sanitaria (e dello Stato sotto forma di pagamenti ex gratia alle famiglie): High Court of Orissa at Cuttack, 23 marzo 2022 (<https://www.covid19litigation.org/news/2022/04/india-court-condemns-state-hospital-pay-compensation-death-covid-19-negligence>); in Spagna, in tema di danno subito dagli operatori sanitari per aver lavorato senza adeguate misure di protezione nella prima fase della pandemia: Trib. Lavoro di Alicante, 7 gennaio 2022 (<https://www.covid19litigation.org/news/2022/02/spain-valencia-health-ministry-compensate-healthcare-workers-failing-provide>).

<sup>34</sup> Si tratta per lo più di caso in cui il rigetto è avvenuto nel merito perché, salvo alcune eccezioni, le decisioni di rigetto per motivi essenzialmente procedurali non sono state selezionate ai fini della pubblicazione nel



di rigetto prevalevano in una prima fase, il progredire della pandemia e della conoscenza scientifica della sua evoluzione ha consentito ai giudici un sindacato più rigoroso, almeno sotto il profilo dell'onere di motivazione e documentazione della decisione a carico dell'amministrazione<sup>35</sup>. In chiave comparativa, la casistica esaminata riflette una concentrazione di domande accolte in alcune aree del mondo (es. alcuni paesi del Sud America o l'India) senz'altro superiore rispetto ad altri paesi (ad es. gli Stati Uniti, la Cina o la Russia) ma nel complesso gli esiti sono sfuggiti a una netta polarizzazione. Non può dirsi dunque né che i giudici abbiano mostrato piena deferenza nei confronti degli Stati, compiendo un'azione di sistematica legittimazione *ex post* del loro operato, né che al sindacato giurisdizionale sia stato di fatto affidato il compito di riportare la decisione pubblica sul solco del rispetto dei diritti fondamentali, essendo altrimenti questi ultimi sistematicamente calpestati<sup>36</sup>.

### 3. Salute pubblica e diritti fondamentali: le questioni principalmente affrontate

Il contenzioso ha riguardato temi molto diversi. Il progetto si è finora occupato, almeno in misura prevalente, di questioni inerenti alla legittimità dell'azione dei governi e delle amministrazioni sotto il profilo della loro compatibilità con i diritti fondamentali. Specialmente in una prima fase, particolare rilievo hanno assunto le misure restrittive incidenti sulla libertà di movimento<sup>37</sup>, sulla libertà religiosa, sulla libertà associativa<sup>38</sup>, anche in ambito politico<sup>39</sup>. Al contempo, un importante filone giurisprudenziale ha portato i giudici di tutto il mondo a confrontarsi con il bilanciamento tra salute pubblica e le libertà economiche, fortemente condizionate dalle chiusure commerciali<sup>40</sup>. Il principio di non discriminazione è stato invocato a più riprese, perché il giudice potesse accertare *ex post* se la logica delle restrizioni selettive (a carico di alcune categorie più che di altre) o la previsione di deroghe ed eccezioni fossero giustificate e ragionevoli<sup>41</sup>. L'introduzione dei sistemi di tracciabilità, prima, e delle certificazioni vaccinali, dopo, ha portato in primo piano, anche tra i giudici, la

---

Database. Vedi, per una rappresentazione grafica, <https://www.covid19litigation.org/case-index/database-charts>

<sup>35</sup> Cfr. per un approfondimento sul punto F. Cafaggi – P. Iamiceli, *Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review*, cit. In analogia direzione, con riferimento alla giurisprudenza belga, P. Popelier et al, 'Health Crisis Measures and Standards for Fair Decision-Making: A Normative and Empirical-Based Account of the Interplay Between Science, Politics and Courts' (2021) EJRR <https://doi.org/10.1017/err.2021.7>: "In the first phase, the assumption is that the public expects the government to firmly respond to the crisis, no matter what, which leaves little room for judicial scrutiny of health crisis measures. In the second phase, when trust starts to wane, the assumption is made that the public expects the government to balance safety against fundamental rights and social needs".

<sup>36</sup> Per una più ampia disamina: F. Cafaggi – P. Iamiceli, *Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review*, cit.

<sup>37</sup> Es., USA, U.S. District Court for the District of Colorado, 2 Dicembre 2020, *Lawrence v. Polis*, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-us-district-court-district-colorado-lawrence-v-polis-2020-12-02>; Italia, T.A.R. Lombardia, 28 Luglio 2020, No. 993, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-administrative-regional-court-lombardia-no-993-2020-07-28>

<sup>38</sup> Es., Belgio, Cons. St., 22 Dicembre 2020, No. 249.314 (A. 232.469/AG-149), <https://www.covid19litigation.org/case-index/Belgio-council-state-no-249314-232469ag-149-2020-12-22>; Slovenia, Corte cost., 21 Dicembre 2020, U-I-473/20-14, <https://www.covid19litigation.org/case-index/slovenia-constitutional-court-republic-slovenia-u-i-47320-14-2020-12-21>

<sup>39</sup> Es., Svizzera, Corte Federale, 22 Dicembre 2020, 1C\_169/2020, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Svizzera-federal-court-1c1692020-2020-12-22>

<sup>40</sup> V. sopra nt.n. \*11.

<sup>41</sup> A mero di titolo di esempio: per l'Italia, T.a.r. Lombardia - Milano, 30 marzo 2022, ord. 712/2022, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-administrative-regional-court-lombardia-milan-order-7122022-2022-03-30>. Per l'Olanda, Corte distr. De L'Aja, 6 Ottobre 2021, C-09-618078-KG ZA 21-892, <https://www.covid19litigation.org/case-index/netherlands-district-court-hague-c-09-618078-kg-za-21-892-2021-10-06>. Per gli USA, United States District Court for the District of Montana, 18 Marzo 2022, CV 21-108-M-DWM, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-united-states-district-court-district-montana-cv-21-108-m-dwm-2022>; Austria, Corte cost., 17 Marzo 2022, No. V294/2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/austria-constitutional-court-no-v2942021-2022-03-17>; Argentina, App. amm., 8 Luglio 2021, Causa No. 28425-P CCALP, <https://www.covid19litigation.org/case-index/argentina-administrative-chamber-appeals-causa-no-28425-p-ccalp-2021-07-08>

questione del bilanciamento tra tutela della salute pubblica e tutela dei dati personali, anche sanitari<sup>42</sup>. E, mentre l'emergenza sanitaria esacerbava il fenomeno migratorio e metteva in crisi i procedimenti di protezione internazionale, i giudici si sono presto dovuti occupare della tutela della salute dei migranti e richiedenti asilo<sup>43</sup>, così come, in altro contesto, di quella dei detenuti entro carceri sempre meno adatte a garantire salute e sicurezza delle persone recluse<sup>44</sup>.

Questioni centrali, quasi in tutto il mondo, sono state quelle inerenti all'accesso ai servizi essenziali; tra questi in particolare i servizi scolastici e i servizi sanitari. In che misura il contesto pandemico giustifica una limitazione del diritto all'istruzione? In quali circostanze la didattica a distanza può dirsi uno strumento idoneo a garantire tale diritto durante uno stato di emergenza e quando invece la riapertura delle scuole è atto dovuto<sup>45</sup>? Questioni simili sono state poste in relazione all'accesso a trattamenti sanitari diversi da quelli inerenti al contagio da COVID-19, es. i servizi inerenti all'interruzione di gravidanza<sup>46</sup>. L'accesso ai trattamenti preventivi (vaccini) e curativi (es. terapie antivirali) contro il COVID-19 ha generato contenzioso importante sia sotto il profilo della parità di trattamento degli aventi diritto<sup>47</sup>, che sotto il profilo del diritto di scelta: scelta di vaccinarsi e non vaccinarsi<sup>48</sup>; scelta di assumere o di prescrivere un determinato trattamento<sup>49</sup>.

---

<sup>42</sup> CGUE, 30 Novembre 2021, T-710/21 R, <https://www.covid19litigation.org/case-index/supranational-court-justice-european-union-president-general-court-t-71021-r-2021-11-30>; per l'Italia, Cons. St., 17 Settembre 2021, No. 5130, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-council-state-no-5130-2021-09-17>; Francia, Corte cost., 9 Novembre 2021, No. 2021-828, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Francia-constitutional-court-no-2021-828-2021-11-09>; Israele, Corte Suprema, 1 Marzo 2021, HCJ 6732/20, <https://www.covid19litigation.org/case-index/israel-supreme-court-israel-sitting-high-court-justice-hcj-673220-2021-03-01>

<sup>43</sup> Italia, Trib. Napoli, 25 Giugno 2020, N. 23602 (6068/2020), <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-court-naples-migration-and-international-protection-specialized-department-n-23602>; Francia, Cons. St., 10 Aprile 2021, No. 450928, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Francia-council-state-no-450928-2021-04-10>; Cile, Corte Suprema, 4 Febbraio 2022, No. 3253-2022, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Cile-supreme-court-second-chamber-no-3253-2022-2022-02-04>; Australia, Corte Federale, 16 Gennaio 2022, VID 18 of 2022, <https://www.covid19litigation.org/case-index/australia-federal-court-australia-vid-18-2022-2022-01-16>

<sup>44</sup> CtEDU, 1 Marzo 2022, No. 19090/20, <https://www.covid19litigation.org/case-index/supranational-european-court-human-rights-no-1909020-2022-03-01>; Italia, Corte cost., 24 Novembre 2020, No. 245, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-constitutional-court-no-245-2020-11-24>; United States District Court for the District of New Jersey, 28 Marzo 2022, No. 18-578-01 (KM), <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-united-states-district-court-district-new-jersey-no-18-578-01-km>; Messico, Corte pen., 9 Settembre 2021, No. 93/2021, <https://www.covid19litigation.org/case-index/mexico-ninth-collegiate-criminal-court-first-circuit-no-932021-2021-09-09>

<sup>45</sup> Cfr. Italia, T.A.R. Calabria, 18 Dicembre 2020, A.A. c/ Regione Calabria in C. n. R.G. 303001383, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Italia-administrative-regional-court-calabria-aa-c-regione-calabria-c-n-rg-303001383-2020>; T.a.r. Napoli, 28 settembre 2021, n. 7351.

<sup>46</sup> Es.: Francia, Cons. St., 16 Dicembre 2020, No. 440214, <https://www.covid19litigation.org/case-index/Francia-council-state-no-440214-2020-12-16>; Regno Unito, Northern Ireland High Court, 14 Ottobre 2021, Re The Northern Ireland Human Rights Commission, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-kingdom-northern-ireland-high-court-re-northern-ireland-human-rights-commission>; USA, U.S. District Court, Eastern District of Arkansas, Central Division (E.D. Ark.), 7 Maggio 2020, Little Rock Family Planning Services v. Rutledge, <https://www.covid19litigation.org/case-index/united-states-america-us-district-court-eastern-district-arkansas-central-division-ed>

<sup>47</sup> Si veda ad esempio il caso deciso da BVerfG, Beschluss des Ersten Senats, 16 dicembre 2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 1-131 sul tema della possibile discriminazione delle persone disabili nell'accesso alla terapia intensiva, questione su cui la Corte costituzionale tedesca ha chiesto al Parlamento di intervenire, posto che il ricorso a mere raccomandazioni collegate all'esercizio della professione medica non basterebbe a scongiurare il rischio di discriminazione a carico di persone disabili.

<sup>48</sup> Per l'Olanda, Corte distr. De L'Aja, 6 Ottobre 2021, C-09-618078-KG ZA 21-892, <https://www.covid19litigation.org/case-index/netherlands-district-court-hague-c-09-618078-kg-za-21-892-2021-10-06>; per la Germania: Corte amm. di Francoforte sul Meno, 12 Febbraio 2021, no 5 L 219/21.F; Crte amm. Gelsenkirchen, 18 Febbraio 2021, no 20 L 182/21; Corte amm. Schleswig-Holstein, 17 Febbraio 2021, no 1 B 12/21.

<sup>49</sup> V. il caso deciso in Italia dal Cons. St, 11 dicembre 2020, n. 7097 in tema di somministrazione dell'idrossiclorochina.

In ragione della loro centralità, al tema delle scuole e a quello della vaccinazione sono dedicati specifici approfondimenti nei paragrafi che seguono<sup>50</sup>.

#### 4. Focus: salute pubblica e accesso all'istruzione

L'istruzione ha sofferto, come tutte le attività umane, delle restrizioni individuali connesse dapprima al lockdown e successivamente alle regole sul distanziamento sociale, in funzione limitativa della diffusione del contagio.

Le agenzie educative costituiscono indubbiamente, in sé e per l'indotto da esse creato (trasporti pubblici, servizi accessori di mensa e assistenza, mobilitazione delle famiglie), possibile occasione di contagio<sup>51</sup>, il che ha portato a considerare l'opportunità o la necessità di limitare le attività didattiche ovvero, quantomeno, le sue manifestazioni in presenza.

Per altro profilo, le medesime misure, restrittive, in varia misura, delle attività didattiche, hanno consentito l'emersione di problematiche solo indirettamente determinate dalla mancata fruizione dei servizi educativi, sotto forma di limitazione di altri diritti sociali, di diritti connessi alla potestà genitoriale, di libertà religiose o di manifestazione del pensiero, per vero più avvertite in sistemi diversi da quelli euro-continentali.

Tale preliminare osservazione dà immediatamente conto della interconnessione tra diritti fondamentali, che osta ad una tutela "separata" degli stessi e che probabilmente ne impone una visione sintetica e una tutela integrata.

Nel prosieguo, saranno individuate problematiche in concreto censite nel Data-base "*Covid19 Litigation*", tutte variamente incidenti sul diritto all'istruzione.

In primo luogo, si è posto il dibattito sulla possibilità, in costanza di pandemia, di garantire la didattica in presenza, sia pure nella consapevolezza della estrema difficoltà di conciliarla con l'esigenza di limitare i contatti sociali per evitare il diffondersi del virus.

Che fosse necessario assicurare la continuità formativa era chiaro; che fosse ugualmente indispensabile garantirla nella sua più ampia accezione, appunto "in presenza", tenendo in massimo conto la valenza educativa (anche) della socialità e della interazione fisica, è stato oggetto di contenzioso, il quale ha riguardato non solo la possibilità e i limiti di un intervento restrittivo sulla piena esplicazione del diritto all'istruzione, ma le possibili incidenze su altri diritti fondamentali in danno di soggetti diversi dagli immediati fruitori della didattica.

Ad esempio, le famiglie, incise dagli oneri di assistenza prima assolti dalle agenzie formative, ovvero i lavoratori della (o nella) scuola, incisi nel loro diritto al lavoro.

Ne è risultato, nell'ambito in esame (ma considerazioni del tutto analoghe possono essere svolte, in altri settori, per le misure restrittive delle attività imprenditoriali ovvero delle libertà di movimento e riunione), un eloquente sindacato "a formazione progressiva", impegnato a giudicare misure e richieste di tutela in un quadro di complessiva incertezza (e di progressivo sviluppo) delle conoscenze, che ha reso le pronunce (e le misure) necessariamente aderenti al contesto in evoluzione,

---

Cfr., per gli Stati Uniti, *Pisano v. Mayo Clinic Fla.*, No. 1D22-43, 2022 WL 245437 (Fla. Dist. Ct. App. Jan. 27, 2022), dove la Corte ha negato l'esistenza del diritto a ricevere una determinata terapia antivirale contro la scelta del medico, in scienza e coscienza. [The court denied the Plaintiff case because there is not a substantive right "to compel a hospital, physician, or medical staff to administer treatment against their medical judgment." The right to self-determination does not allow the court to compel doctors to treat a patient in a way contrary to their judgment. The court reasoned that it only allows the court to intervene in cases where patients are denied a treatment already offered by the healthcare provider. The court noted that the law allows patients to refuse medical treatment, but it does not allow the court to compel a specific treatment.]

<sup>50</sup> V. i par. 4 e 5, scritti da M. Abbruzzese.

<sup>51</sup> Cfr. European Centre for Disease Prevention and Control, "COVID-19 in children and the role of schools setting in transmission - Second update", pubblicata l'8 luglio 2021 su <https://www.ecdc.europa.eu/en>, che, tra l'altro, segnala la maggiore efficacia, ai fini della riduzione del contagio, della chiusura delle scuole superiori piuttosto che delle scuole primarie. ("The models estimate that closing secondary schools has a larger effect on community transmissions of SARS-CoV-2 than does closing primary schools or day nursery").

dunque storicamente giustificate ma pronte a confrontarsi con nuove esigenze al mutare delle circostanze di fatto e di diritto.

Si è, in tale ottica, efficacemente affermato che il giudizio di proporzionalità e ragionevolezza, tra diritti e interessi concorrenti, è sempre un giudizio storicamente “dato”, che non può essere operato in assoluto ma che deve di volta in volta adeguarsi e adattarsi alle circostanze e al progredire delle conoscenze <sup>52</sup>.

In prima approssimazione, sembrerebbe potersi dire che l’interesse di rango superiore da tutelare, individuato nel diritto alla “vita”, potenzialmente pregiudicato dal contagio globale, ha, nella prima fase della pandemia, eccezionalmente consentito di comprimere tutti gli altri.

Il punto è ovviamente discutibile, se solo si pensi che, a fronte di un “potenziale” pregiudizio per la salute dei consociati, di entità non chiaramente quantificabile, ma certo relativo al bene supremo della sopravvivenza degli interessati, si contrappone un pregiudizio certo, attuale e concreto, per l’attività incisa.

Si tratta, quindi, di stabilire se i principi di ragionevolezza e proporzionalità debbano applicarsi comunque e secondo i medesimi stringenti criteri comunemente utilizzati<sup>53</sup> o se per gli stessi debba svilupparsi un diverso metodo applicativo tenuto conto della gravità dell’emergenza<sup>54</sup>.

Il livello del bilanciamento, al progredire delle conoscenze e delle strategie per ridurre il contagio, è stato dunque esso stesso, per così dire, sottoposto a “bilanciamento”, ammettendosi misure più rigide ove meno noti fossero gli effetti del contagio e meno conosciute le strategie di opposizione ad esso.

Si tratta, a ben vedere, di un’applicazione “lata” del principio di precauzione, nel senso che, in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico e indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all’ordinario e, per così dire, controintuitivo, consentendo pratiche che, sia pure sulla base di dati non completi, assicurino più benefici che rischi<sup>55</sup>, ma anche,

---

<sup>52</sup> Una matura consapevolezza della problematica in questione può rinvenirsi nell’ordinanza CGARS n. 351/2022 del 16 marzo 2022 che ha sottoposto a revisione il proprio precedente orientamento circa la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle disposizioni sull’obbligo vaccinale per i sanitari sulla base dell’emergenza di dati diversi, non disponibili per il passato (nella specie, relativi alla percentuale di eventi avversi conseguenti alla somministrazione vaccinale (cfr. punto 18.1. della motivazione: in termini, “le emergenze istruttorie suggeriscono, quindi, una rivisitazione degli orientamenti giurisprudenziali fin qui espressi sulla base di dati ormai superati”).

Nello stesso senso, P. Daly, “The Covid.19 Pandemic and Proportionality: a framework”, in [adminsitrativelawmatters.com/blog/2020/03/31](https://adminsitrativelawmatters.com/blog/2020/03/31), evidenzia che “... the outcome of a proportionality analysis can shift over time as more evidence comes to light. In the current crisis, where human understanding of Covid-19 remains limited, it is critically important to keep a close eye on the evidence and update priors accordingly.”, non senza concludere che “Viewing the crisis through the lens of importance, rational connection and, especially, necessity and balance is an aid to understanding whether government counter-measures are an appropriate response to the pandemic”.

<sup>53</sup> Ossia i classici test di proporzionalità.

<sup>54</sup> Cfr. Eric C. Ip, “Courts, Proportionality and COVID-19 Lockdown”, in <https://blog-iacl-aids.org/covid19-future-constitutionalism/2021/9/23/courts-proportionality-and-covid-19-lockdowns>: “A public health emergency *per se* neither suspends entrenched fundamental rights nor invalidates the continued applicability of structured proportionality and similar doctrines in the countries that recognise them. The transparent analytical steps that these doctrines obligate authorities to openly undertake should not be sidestepped by public health officials or courts, especially in times of high stress and emotionality like the outbreak of a pandemic.”

<sup>55</sup> Cfr., per l’Italia, Cons. di Stato, sez. III, sentenza n. 7045/2021 e CGARS, ord. n. 38/2022, in fattispecie riguardanti l’obbligo vaccinale, nel senso che si consente al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l’utilizzo di terapie che, pure sulla base di dati non completi assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l’utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore al reale nocimento per una intera società senza l’utilizzo di quel farmaco. Lo stesso principio di precauzione consentirebbe, dunque, in presenza di dati non completi, l’apprestamento di misure di contenimento o restrittive che, pur pregiudizievoli per il singolo, eviterebbero danni più gravi per la collettività (ulteriore diffusione del contagio) e per la tenuta del sistema di salute pubblica (pressione sulle strutture di ricovero e di terapia intensiva).

a maggior ragione, rendendo meno rigidi i test di proporzionalità rispetto a misure restrittive ove fosse certo o quantomeno probabile l'effetto riduttivo del rischio di contagio.

Si è dunque finito per validare, non solo inizialmente<sup>56</sup>, l'obbligo prioritario di evitare, ovvero di limitare quanto più possibile, il contagio, in un momento storico nel quale, peraltro, non erano ancora stati acquisiti dati scientifici sufficienti tali da identificare con certezza le caratteristiche della malattia, le dinamiche del contagio e le strategie per evitarlo, oltre che, naturalmente, in carenza di strumenti idonei a prevenire la patologia ovvero le più gravi manifestazioni della stessa, nella persistente incertezza sull'effettiva utilità della vaccinazione e tenuto conto comunque della tempistica necessaria a completare il ciclo vaccinale per una platea sufficientemente ampia di soggetti<sup>57</sup>.

Nella fase più acuta e iniziale della pandemia, dunque, le scelte complessive esitate nel generalizzato "lock-down" hanno evidentemente condizionato anche quelle relative alla scuola e alla stessa possibilità di garantire le attività in presenza <sup>58</sup>.

In taluni casi, sono state sostanzialmente sospese tutte le attività e ritenute addirittura contrarie alla "moralità pubblica" decisioni che imponessero, a rischio del "collasso" del sistema, attività in presenza connesse con l'accesso all'istruzione, che potessero comunque esporre i partecipanti al contagio (con riferimento, nel caso specifico, agli esami di ammissione a corsi di studio<sup>59</sup>).

---

Con grande onestà intellettuale, anche chi ha inteso revocare in dubbio (di costituzionalità) misure imposte a tutela della salute pubblica e potenzialmente incidenti sulla sfera di diritti e interessi individuali (anche di rango fondamentale) ha segnalato che i principi ordinariamente applicati sono riferiti "a situazioni per così dire ordinarie, non ravvisandosi precedenti riferiti a situazioni emergenziali ingenerate da una grave pandemia" (cfr. CGARS, ord. n. 351/2022).

<sup>56</sup> Cfr., per l'Italia, Cons. di Stato, III, n. 4407/2022.

<sup>57</sup> L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, anche a livello costituzionale, ha variamente evidenziato la sostanziale diversità del sindacato di ragionevolezza e proporzionalità a fronte di conoscenze scientifiche non adeguatamente consolidate e/o approfondite. L'opinabilità del dato scientifico ha concorso ad allargare le maglie del giudizio, rendendo più estesi i poteri del decisore politico.

Una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca (BverfG, Order of I Senate 19, 202 – I BvR 781/221 Rn. 1-306), resa all'esito di un giudizio di costituzionalità relativo a diverse disposizioni recanti misure restrittive dei "contatti sociali" in costanza di pandemia, variamente incidenti su libertà fondamentali (tra le altre, diritto alla vita privata e familiare, libertà di movimento) ha, tra le altre, compiutamente approfondito i rapporti tra conoscenze disponibili e conclusioni affidabili, evidenziando la sufficienza di conclusioni tratte sulla base di informazioni solo "appropriate" al contesto dato e perfettibili piuttosto che del tutto affidabili e non più discutibili sul piano scientifico. La Corte tedesca ha, in particolare, posto a carico del legislatore, a fronte, poi, di elevati range di incertezza, la scelta del livello di protezione da assicurare ai vari interessi in gioco e del tipo di misure da porre in essere.

In tale contesto, la proporzionalità delle misure è assicurata ove si riguardi il fine di proteggere la vita umana e la salute dal pericolo di contrarre il COVID-19 così come di prevenire il collasso del sistema sanitario ("...the restrictions were proportionate in the strict sense because the purpose pursued and probability of achievement were no disproportionate to the severity of the interference. The prohibition of excessive measures requires that the more severely individual freedom is restricted, the more significant the pursued interest must be. The protection of life and health is an exceptionally significant aim and the assumptions of a need to act with particular urgency was reasonable").

Lo scrutinio di necessità dà esito positivo ove nessuna altra misura sia disponibile a parte il distanziamento sociale, anche se questo determina la compromissione di altri diritti fondamentali ("The measures were necessary as no other means were available that would have been as clearly effective as the contact restrictions while at the same time restricting the affected fundamental rights to a lesser extent. Based on the information available at the time it is not objectionable that the legislator did not consider other conceivable and less intrusive means to be as effective as the mandated contact restrictions (such as vaccination for example)").

Il bilanciamento è adeguato con riguardo alle diverse eccezioni, alla temporaneità delle misure, al continuo adeguamento con i livelli misurati di contagio e alla diversa regolamentazione locale.

<sup>58</sup> European Centre for Disease Prevention and Control, "COVID-19 in children and the role of schools setting in transmission - Second update", cit.: "The effectiveness of school closures appears to have declined in the second wave as compared to the first wave of the COVID-19 pandemic, possibly in part due to better hygiene measures in school settings".

<sup>59</sup> Per il Brasile, Corte Federale, 13 gennaio 2021, processo 1000448-56.2021.4.01.3200.

In quanto imposte dall'interesse pubblico generale e a loro volta generalizzate, poi, le eventuali misure di chiusura non avrebbero dovuto in ogni caso essere ritenute discriminatorie, e come tali incidenti su altri piani valoriali, anche ove riferite a scuole di indirizzo religioso<sup>60</sup>.

E tuttavia, fin dal primo periodo dell'emergenza pandemica, è emersa chiaramente l'incidenza delle misure restrittive dell'attività didattica in presenza su diritti fondamentali dei fruitori del servizio scolastico; in tal senso, la generalizzata chiusura *sine die* delle istituzioni scolastiche è comunque stata ritenuta generalmente gravemente violativa dei diritti dei bambini e degli adolescenti<sup>61</sup>, anche se, nell'iniziale quadro di incertezza complessiva, non è sembrato irragionevole comprimere variamente il diritto all'istruzione, nella forma in presenza, e dunque il diritto alla piena formazione anche attraverso la socialità fisica, mantenendo sostanzialmente la sola componente di trasmissione contenutistica attraverso la "didattica a distanza" (DAD), in ragione, ancora, della ritenuta prevalenza dell'interesse pubblico ad evitare la diffusione del contagio<sup>62</sup>.

La più approfondita riflessione sulle adottate misure restrittive ha pacificamente ricondotto le stesse al genus delle ordinanze emergenziali, alla cui consolidata sistematica sono state dunque ispirate le decisioni.

La progressiva presa di coscienza collettiva della durata dell'emergenza, in una all'acquisizione di conoscenze scientifiche su tutti gli aspetti della pandemia e all'individuazione di strategie di contrasto, certo empiriche e fallibili, ha indotto il mutamento di paradigma anche con riguardo alla valutazione circa l'idoneità, la necessità e la proporzionalità delle misure, con un sindacato progressivamente più rigoroso sui parametri di riferimento e più sensibile alla tutela dei diritti fondamentali incisi.

Il fattore "tempo" ha giocato un ruolo non irrilevante, sotto due diversi profili.

Per un verso, la "durata" dell'emergenza ha reso non più eludibile la tutela interinale dei diritti incisi dalle misure poste a garanzia dell'interesse pubblico alla salute collettiva.

Per altro verso, la gravità della lesione è stata considerata esponenzialmente più significativa quanto più lunga fosse stata la durata della misura restrittiva imposta.

Misure generalizzate e *sine die* di chiusura delle scuole, con obbligata fruizione mediante la DAD, imposte a livello locale, sono state dunque ritenute senz'altro ingiustificate, tanto più ove assunte in deroga a previsioni generali di favor per la ripresa delle attività in presenza e in difetto di adeguata valutazione di proporzionalità e adeguatezza riferita al concorrente diritto all'istruzione<sup>63</sup>.

Si è al riguardo acutamente rimarcato che, in caso di conflitto tra diritti fondamentali, non è sempre scontata l'assoluta prevalenza accordata al diritto alla salute su diritti concorrenti; l'eventuale compressione di questi ultimi deve essere piuttosto comunque rispettosa del principio di proporzionalità e limitata, temporalmente e contenutisticamente, al minimo indispensabile.

Sul piano sostanziale, poi, la didattica in presenza è stata espressamente riconosciuta quale strumento in grado di garantire in maniera più efficace la fruizione del diritto all'istruzione, tale da costituirne contenuto essenziale.<sup>64</sup>

Si è dunque concluso che, ove risulti necessaria una qualche limitazione del diritto all'istruzione, la stessa vada rimossa non appena risulti non più "assolutamente necessaria"; il generale miglioramento dei dati sulla pandemia così come l'acquisizione di strumenti più agibili di contrasto, quindi, richiedono una rinnovata valutazione sulla necessità della misura compressiva ed impongono la riapertura ove la stessa risulti compatibile con le nuove acquisizioni.

<sup>60</sup> Per gli Stati Uniti, U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, 29 dicembre 2020, Kentucky ex rel. Banville Christina Academy, Inc. v Beshear.

<sup>61</sup> Kenia, High Court of Kenya, Constitutional and Human Rights Division, 19 novembre 2020, Constitutional Petition n. 2189 of 2020.

<sup>62</sup> Per la Federazione russa, Sharinsky District Court of Kostromskoi Region, 2 dicembre 2020, Decisione n. 2a-713/2020; ma anche, per l'Austria, Corte cost. 10 marzo 2021, V574/2020.

<sup>63</sup> Per l'Italia, Tribunale Amministrativo regionale per la Campania, 20 gennaio 2021, A.A. c/ Regione Campania in C, n. R.G. 202100173.

<sup>64</sup> Italia, Tribunale Amministrazione regionale per la Calabria, 18 dicembre 2020, A.A. c/ Regione Calabria in C. n. R.G. 303001383.

In tale prospettiva, non può dunque darsi spazio alle preferenze individuali degli utenti che continuino ad esprimere riserve circa il rientro in presenza<sup>65</sup> e nessun diritto può essere riconosciuto ai soggetti che chiedano di accedere a diverse modalità di fruizione dei servizi scolastici ove gli stessi siano organizzati in presenza (ivi compresa l'organizzazione degli esami), rientrando, dette modalità, nel rispetto delle regole generali, nei poteri di autoorganizzazione delle singole agenzie educative<sup>66</sup>.

In maniera del tutto analoga, rientra nell'autodeterminazione dei singoli plessi scolastici individuare misure diverse o alternative di offerta scolastica in costanza di pandemia, ove determinate dall'esigenza di contrastarla, purché non inferiori al livello minimo generalmente riconosciuto e garantito<sup>67</sup>.

Diverso discorso è a farsi per i soggetti con bisogni educativi speciali, naturalmente non assimilabili alla generalità degli studenti e richiedenti approcci diversi, giacché in gioco non è il solo diritto all'istruzione, che, ove fruito a distanza, risulterebbe del tutto compromesso stante la sua assoluta insufficienza formativa.

I soggetti che abbiano bisogni educativi speciali (BES) riconosciuti hanno, come noto, statuto speciale, garantito anche a livello internazionale; ed è per tale ragione che fin dalla prima fase della pandemia tutti i regolatori hanno variamente tentato di garantire ai soggetti interessati la più ampia possibilità di continuare ad accedere ai servizi la cui funzione primaria sarebbe quella di compensare le disuguaglianze piuttosto che di accrescerne le conoscenze.

Le Corti hanno dunque accentuato la natura discriminatoria delle misure sospensive per i soggetti con BES e imposto il ripristino delle attività in presenza (assistenza speciale, approccio individuale, fisioterapia, logopedia, assistenza psicologica), sia pure modulate con declinazioni compatibili con l'emergenza pandemica<sup>68</sup>.

Sotto diverso profilo, la fruizione dei servizi educativi è stata poi variamente assoggettata a diverse misure precauzionali, dal contact-tracing al distanziamento e all'uso di "mascherine", fino alla positiva dimostrazione di negatività al COVID.

In generale, si è trattato di misure variamente imposte al fine di minimizzare l'impatto diffusivo del contagio indotto dalla frequenza scolastica e, in ultima analisi, finalizzate proprio a garantire le attività in presenza.

Si è dunque rimarcato che, attesa la natura "compensativa" di tali misure, le stesse, ove non palesemente irragionevoli, fossero rispettose del principio del bilanciamento e tali da scongiurare l'alternativa didattica a distanza<sup>69</sup>.

L'obbligo di distanziamento, ad esempio, imposto già nella prima fase della pandemia nei paesi nei quali si è scelto di mantenere comunque le scuole aperte, è stato apprezzato dalla giurisprudenza in ragione di una certa maggiore discrezionalità del legislatore in caso di incertezza scientifica riferita alle strategie per combattere la pandemia anche con riguardo alle specifiche modalità di azione posta in campo per contrastare il contagio<sup>70</sup>.

In tale contesto, anche l'obbligo di test anticovid, in quanto idoneo a identificare gli asintomatici e, in ultima analisi, a garantire in sicurezza la scuola in presenza, è stato positivamente vagliato<sup>71</sup>.

Infine, l'obbligo di utilizzo delle mascherine, anche per i minori, fatta eccezione per i casi in cui fosse accertata la controindicabilità della misura in ragione di particolari condizioni soggettive o patologiche, non è stato considerato una significativa lesione dei diritti fondamentali dei soggetti cui è stato imposto, ancora in ragione dello stato, ancora limitato, delle conoscenze scientifiche e della difficoltà di individuare misure altrettanto efficaci per scongiurare la diffusione del contagio (quali, appunto, il distanziamento, difficilmente esigibile per i bambini); a tale conclusione non sono risultati estranei la considerazione che nessun rischio per la salute dei minori è stato accertato e che

<sup>65</sup> Sudafrica, High Court of Sud Africa, 1° luglio 2020, n.24259/2020.

<sup>66</sup> India, High Court of Jammu and Kashmir, 8 febbraio 2021, Syed Ainain Qadri v. UGC et al.

<sup>67</sup> Cile, Corte Suprema, 10 dicembre 2020, Rol. N. 143.937-2020.

<sup>68</sup> Slovenia, Corte cost., 21 dicembre 2020, U-I-473/20-14.

<sup>69</sup> Germania, Corte cost. fed., 15 luglio 2020, 1 BvR 1630/20.

<sup>70</sup> V., per l'Italia, TAR Lazio - Roma, Ordinanza n. 6569/2020.

<sup>71</sup> Germania, Corte Amm. App. Sachsen-Anhalt, 20 maggio 2021, 3R 108/21.

proprio l'uso massivo delle stesse consente la didattica in presenza in condizioni di generale sicurezza<sup>72</sup>.

Trascorrendo a problematiche del tutto diverse, non poche controversie, specie nei paesi emergenti, hanno interessato il profilo economico dell'offerta formativa e riguardato i costi dell'istruzione durante la pandemia e segnatamente l'individuazione dei soggetti tenuti a sostenerli, nel caso in cui, come per le scuole private, gli stessi fossero, in tutto o in parte, sostenuti dai privati, dagli utenti o dallo Stato in compartecipazione.

Si è al riguardo considerato che le attività scolastiche non sono state del tutto sospese e sono state piuttosto costrette a riorganizzarsi con modalità diverse, imponendo l'utilizzo di "devices", strumenti e competenze di cui anche le scuole hanno dovuto dotarsi, per l'effetto sostenendo dei costi.

Per converso, le famiglie non hanno potuto fruire interamente dei servizi offerti dalle scuole, oltre ad aver sofferto significative perdite finanziarie per effetto dell'indotto lock-down.

Bilanciando queste diverse esigenze, è sembrato non adeguato l'esonero totale delle tasse o comunque delle contribuzioni comunque dovute (anche su base contrattuale), che pure taluni Stati avevano ipotizzato, e piuttosto è sembrata tuttavia equa una riduzione (pari al 15%), tenuto conto del sostanziale minor valore delle prestazioni offerte<sup>73</sup>.

In disparte l'affermazione di principio, si è comunque ritenuta necessaria una valutazione caso per caso ove il mancato pagamento delle contribuzioni scolastiche da parte delle famiglie fosse dipeso da accertate e sopravvenute difficoltà economiche onde consentire, ove necessario, una ulteriore riduzione<sup>74</sup>.

Di segno apparentemente opposto altre decisioni che hanno invece marcato l'inerenza della questione all'autonomia privata e alla piena efficacia della regolazione contrattuale.

In realtà, l'esito diverso è stato condizionato, in taluni casi, dalla rigidità di previsioni costituzionali afferenti al riparto di competenze, che allocano il potere di legiferare in materia civile a determinate autorità, escludendo le altre<sup>75</sup>.

Un diverso angolo prospettico, che segna, a tutti gli effetti, la nuova frontiera del diritto all'istruzione post-covid, ha poi riguardato il "recupero" rispetto ad eventuali lacune indotte dalla sospensione o dalla diversa modalità di offerta formativa; in tale ottica, si è evidenziato un obbligo degli Stati di porre in essere misure adeguate per eliminare o ridurre i deficit di apprendimento e, comunque, di evitare discriminazioni connesse a tali diverse modalità (il c.d. digital divide)<sup>76</sup>.

Un impegno in tal senso è stato assunto dallo stesso Parlamento europeo <sup>77</sup> anche in prospettiva futura, laddove sembra oramai consolidato il principio secondo cui la chiusura delle scuole al fine di

<sup>72</sup> Francia, Cons. St., 25 gennaio 2021, n. 448169.

<sup>73</sup> India, High Court of Madras, 30 luglio 2021, W.P. n. 8490 del 2020,

<sup>74</sup> India, Corte Suprema, 3 maggio 2021, Indian School, Jodhpur & Anr vs State of Rajasthan & Ors.

<sup>75</sup> Brasile, Corte Suprema Federale Brasiliana, 31 maggio 2021, Acao Direta de Inconstitucionalidade 6.445 Parà.Min.M.A.

<sup>76</sup> Si legge tra gli European Law Institute Principles for the COVID-19 Crisis (principi individuati dall'European Law Institute e indirizzati a tutti gli Stati europei in corso di pandemia "to guide European State EU institutions and other bodies with the object of ensuring that everything that is done accords with the rule of law and democratic values", rinvenibili in [europeanlawinstitute.eu](http://europeanlawinstitute.eu)) quanto segue: "States should make sure that schoolchildren, apprentices, students and all other individuals undergoing programmes of education that are essential for their future career do not suffer any lasting detriment from the COVID-19 crisis, and in particular that solutions are found to provide distance teaching and examinations, so that individuals can graduate without significant delay" and "in the field of education, particular attention should be paid to measures avoiding discrimination linked to distance teaching, such as by providing extra support to families with poor technical skills or equipment, or to those suffering for other reasons from suboptimal learning environments".

<sup>77</sup> Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 22 ottobre 2020, titolata "The future of European education in the context of COVID-19", nella quale si dà conto di specifica indagine rivolta a verificare l'impatto della pandemia sui discenti sottoposti a didattica a distanza, con particolare riguardo all'eventuale carenza di supporti digitali, assumendo la riduzione del "digital divide" una assoluta priorità nelle future politiche europee ("calls on the Commission to collect, assess and publish data from across the Member States on the pandemic's impact on learners' participation in distance education, with a particular focus on where they could



ridurre il contagio deve costituire una *extrema ratio*<sup>78</sup>, dovendosi garantire la continuità formativa quale obiettivo primario delle scelte strategiche degli Stati.

## 5. Focus: salute pubblica e vaccini

L'esteso campo di indagine coperto dal "COVID19 Litigation" Database ha consentito di esaminare comparativamente questioni riferite ad analoghe problematiche, con esiti a volte singolarmente coincidenti, pur nelle diverse sensibilità giuridiche e attraverso le specificità proprie dei vari sistemi e dei vari ordinamenti nazionali o, non infrequentemente, delle condizioni politico-sociali di riferimento.

La "questione vaccini" è di solito riferita alle condizioni di compatibilità dell'eventuale obbligo vaccinale con i diritti individuali, ma ha trovato nuovi e più articolati sviluppi per effetto della pandemia da COVID-19 che ha richiesto, forse per la prima volta contemporaneamente in tutto il mondo, la vaccinazione "di massa", nel tentativo di ostacolare la diffusione incontrollata del virus e pur nella consapevolezza della probabile necessità di rivedere, nel breve-lungo periodo, la complessiva politica sanitaria all'esito di eventuali sviluppi della scienza medica. In generale, si è escluso un obbligo vaccinale generalizzato, preferendosi, nei vari ordinamenti, piuttosto un obbligo "selettivo", destinato solo a particolari categorie di soggetti, precisamente a quelli che, per ragioni di lavoro, fossero più esposti al rischio di contagio ovvero fossero essi stessi possibile veicolo di contagio<sup>79</sup> e, per il resto, la facoltatività "raccomandata" della somministrazione, sia pure fortemente indotta da sensibili effetti conseguenti al suo mancato assolvimento (nella forma di limitazioni all'esercizio di attività professionali o di libertà di movimento, ad esempio, ma anche di sospensione nell'erogazione di corrispettivi per la mancata prestazione lavorativa).

Al riguardo le Corti hanno tuttavia stabilito, pur con qualche significativo distinguo, che l'interferenza su diritti fondamentali, determinata dalla richiesta di un "certificato" per svolgere determinate attività (sotto forma di prova di ricevuta vaccinazione o simili), non determina ex se alcuna violazione dei diritti fondamentali (di movimento, di rispetto della vita privata e di manifestazione del pensiero). Ciò, considerando che lo scopo delle misure, legislative o governative, riposa nell'esigenza di limitare la diffusione del contagio, che si assume ridotto o riducibile per effetto della scelta vaccinale, e dunque alla stregua del consueto bilanciamento tra diritti contrapposti<sup>80</sup>. Né la richiesta di certificato può essere interpretata come imposizione surrettizia di obbligo vaccinale.

Ed anzi, la documentata intervenuta sottoposizione a vaccinazione anti-covid 19 degli utenti è stata non di rado ritenuta necessaria proprio per la utile gestione delle attività economiche, diversamente sottoposte a legislazioni diverse e a diverse regolamentazioni dell'emergenza, quindi addirittura nel senso della semplificazione della gestione pandemica su scala interstatale<sup>81</sup>.

La prima questione che si pone a proposito dei vaccini è dunque la compatibilità di un eventuale obbligo vaccinale, in astratto considerato, con i diritti fondamentali.

Il quadro complessivo è stato recentemente ricostruito dalla CEDU, che, pur riconoscendo l'ingerenza del trattamento vaccinale sulle libertà individuali, ne ha nondimeno validato la somministrazione all'esito di un articolato percorso argomentativo, essenzialmente facendo leva sul

---

not participate due to a lack of digital means" (punto 6), e ancora "to address mental health and wellbeing in cooperation with parents and other relevant stakeholders" (punto 7).

Significativamente, si aggiunge che "in the event of another lockdown education institutions must be equipped to provide quality digital learning to all learners".

<sup>78</sup> "The general consensus remains that the decision to close schools to control the COVID-19 pandemic should be used as a last resort. The negative physical, mental and educational impacts of proactive school closures on children, as well as the economic impact on society more broadly, would likely outweigh the benefits. Given the likely continued risk of transmission among unvaccinated children, it is imperative that there is a high level of preparedness in the educational system for the 2021/2022 school year" (European Centre for Disease Prevention and Control, "COVID-19 in children and the role of schools setting in transmission - Second update", cit.).

<sup>79</sup> Cfr., per la Francia, Corte cost., 5 agosto 2021, n. 2021.824 DC.

<sup>80</sup> Cfr. la decisione della Corte costituzionale francese appena citata.

<sup>81</sup> Cfr., per gli Stati Uniti, United States District Court for the Southern District of Florida, Norwegian Cruise Line Holdings, Ltd., v.- Rivkees, Case n. 21-22492-CIV – Williams, 2021.

generale dovere di solidarietà sociale, con passaggi significativi sul tema della natura ancipite del diritto alla salute, come diritto individuale e come interesse collettivo<sup>82</sup>.

La salute costituisce, invero, contenuto di diverse situazioni soggettive (diritto dell'individuo alla propria salute, che si proietta anche nella pretesa a che venga assicurata la salute degli altri onde mantenere la propria, e ancora interesse della collettività nel suo insieme), il che complica, già di per sé, il tema del possibile conflitto tra diritto individuale e interesse collettivo nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie.

Il conflitto tra diritto individuale e diritto collettivo alla salute neppure esaurisce, tuttavia, il composito quadro di insieme, dovendosi confrontare evidentemente con altri diritti fondamentali, quali, tra l'altro, il diritto all'autodeterminazione, nella forma del diritto alla vita privata e alla libera espressione del proprio pensiero (libertà religiosa, tra le altre) e con quelli compresi nell'ampio catalogo dei diritti dei minori, che hanno trovato riconoscimento anche su base internazionale<sup>83</sup> e che esigono tutela, ove riconosciuti, anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai compiti inerenti alla loro cura (su cui, si veda infra)<sup>84</sup>.

Tanto sulla base dell'evidente ragione che, soprattutto nelle patologie ad alta diffusività - e, dovrebbe dirsi, tanto più ove "pandemiche" -, la decisione individuale di non curarsi o di non prevenire, ove possibile, l'insorgenza della malattia, è suscettibile di danneggiare la salute di molti essere umani e, in particolare, dei più fragili, sia direttamente, per effetto della stessa diffusione del contagio, sia indirettamente, incidendo sull'aggravamento delle condizioni di accesso alle cure, condizionate dall'impegno delle strutture a trattare i casi di contagio da COVID.

In tale prospettiva, la salute, bene giuridico, non è solo oggetto di un diritto, ovvero non è oggetto di "un solo diritto" individuale, ma è anche oggetto di diritti di altri, oltre che interesse della collettività; la sua tutela implica anche il "dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza di un principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri", il tutto nel rispetto del limite della normale tollerabilità delle conseguenze per chi sia soggetto a "determinati" trattamenti sanitari imposti per legge e sulla base di un rapporto di proporzionalità con le esigenze di tutela della salute altrui<sup>85</sup>.

Alla base della scelta del decisore politico, che resta ampiamente discrezionale nella individuazione dei mezzi attraverso i quali garantire la tutela della salute<sup>86</sup>, non può mancare la doverosa presenza di puntuali accertamenti fattuali circa le condizioni epidemiologiche, fatte oggetto della costante evoluzione degli studi scientifici, che deve costituire guida nelle scelte da operare, oltre che la altrettanto doverosa valutazione circa la configurabilità di eventuali misure alternative, meno afflittive, comunque idonee a raggiungere il risultato.

Il giudizio di proporzionalità e adeguatezza non può invero prescindere dall'acquisizione dei dati, che tuttavia, traslando il ragionamento sulla diversa vicenda del vaccino anticovid, sarebbero tuttavia, necessariamente incompleti, e non definitivi, a tacer d'altro, quantomeno sull'esatta efficacia del/i vaccino/i<sup>87</sup>, sugli effetti nel tempo dell'immunizzazione indotta, sugli effetti collaterali del trattamento vaccinale.

Per contro, misure restrittive o impositive di obblighi, assunte sul fondamento del principio di precauzione esteso al suo massimo grado di applicazione, potrebbero essere, in astratto, ingiustificate se riguardate alla luce del principio di proporzionalità, proprio in ragione dell'assenza (o, piuttosto, della carente previa acquisizione) degli elementi conoscitivi a supporto.

<sup>82</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, Grande Sezione, 8 aprile 2021, caso n. 47621/13 (Vavriska e altri).

<sup>83</sup> Cfr. L. 27 maggio 1991, n. 176 ("Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989") e, in particolare, il suo articolo 24.

<sup>84</sup> Cfr., per l'Italia, Corte cost., sentenza n. 132 del 1992; analoghe considerazioni possono leggersi nelle successive sentenze nn. 5/2018 e 118/2020.

<sup>85</sup> V., per l'Italia, Corte cost. 16 marzo 1992, n. 132.

<sup>86</sup> Cfr. ancora CtEDU, 8 aprile 2021, in caso n. 47621/13 e altri.

<sup>87</sup> I diversi vaccini disponibili differiscono sensibilmente, come noto, per meccanismi di immunizzazione, per efficacia e, probabilmente, anche per durata degli effetti, il che, congiuntamente alla contemporanea somministrazione renderebbe del tutto aleatoria qualsiasi previsione sulla relazione costi/benefici articolata sui parametri indicati nella opinione dissenziente.

I “dati” e la loro acquisizione in sede giurisdizionale sono allora funzionali a verificare la “tendenziale” completezza dell’istruttoria posta a base della scelta del decisore, ma è del tutto evidente che quella scelta non può che essere poi valutata sul piano della mera ragionevolezza sulla base dei soli dati disponibili (acquisiti e/o acquisibili) al momento della scelta<sup>88</sup> e non di tutti i possibili dati eventualmente acquisiti o acquisibili ex post.

Nondimeno, come sopra detto, la scelta “assiologica” resta saldamente nelle mani del decisore politico, cui in prima battuta spetta anche il bilanciamento tra gli interessi.

La questione sembra anche più spinosa se dovesse applicarsi ai vaccini anti-covid, ove il principio di precauzione<sup>89</sup>, normalmente tenuto in considerazione in materia di salute, sembra giocare un ruolo differente a causa della naturale non definitività delle cognizioni scientifiche a disposizione e della complessiva incertezza operativa indotta dalla, invero inedita, pandemia<sup>90</sup>.

Se per un verso, invero, l’incertezza ha giocato a favore della scelta politica come l’unico rimedio per gestire la pandemia, per altro verso ha significato avvalorare i dubbi sulla idoneità e necessità della misura vaccinale obbligatoria e dei connessi precipitati *latu sensu* sanzionatori finalizzati a garantirne l’effettività a fronte del sacrificio imposto ad altri concorrenti diritti<sup>91</sup>.

Si è dunque variamente discusso anzitutto della natura “sanzionatoria” degli effetti del mancato assolvimento dell’obbligo vaccinale e, di seguito, si direbbe, in conseguenza, della possibilità di graduare detti effetti, senza prevedere un’automatica “sospensione” dei diritti contrapposti (al lavoro, alla giusta retribuzione, all’esercizio di professioni, *et similia*).

In disparte le molte questioni che pone sul piano metodologico, il valore aggiunto della sentenza “Vavricka” sta tuttavia nella chiara enunciazione del valore della “solidarietà sociale” come contrapponibile anche al diritto fondamentale individuale, percepito come novativo della giurisprudenza della Corte anche nella “dissenting opinion” espressa nello stesso contesto della sentenza.

La pandemia ha invero indotto a riflettere sulla necessaria riscrittura del repertorio dei diritti, nel senso che gli stessi diritti fondamentali, declinati come “diritti individuali”, devono con-formarsi e divenire flessibili ed elastici al cospetto di altri diritti collettivi, sociali e di prestazione, connessi ad obblighi positivi degli Stati.

Con più chiaro impegno esplicativo, all’obbligo positivo degli Stati sono ora connesse posizioni di diritti individuali idonee a comprimere i diritti fondamentali riconducibili agli altri consociati “uti singuli”<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. United States District Court, District of Columbia, Church v. Biden Case n. CV 21-2815 (CKK), 221 WL 5179215.

<sup>89</sup> Vedi oltre in questo paragrafo.

<sup>90</sup> Cfr. F. Cafaggi – P. Iamiceli, Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review, cit.: “The features of the precautionary principle in times of pandemic differ from those in ordinary times. Both the content of positive obligations and the structure of balancing changes in favor of health protection and the limitation of other right may be permitted. It affects the balance between conflicting rights and the choice of the appropriate measure to reduce the risks and mitigate the consequences should be materialized. It affects the binding feature of vaccination and the consequences for not choosing vaccination when the choice is given. It is important to underline that it has to be applied in a framework of scientific uncertainty about both the features of the viruses and the expected effectiveness of protective measures. Governments have operated under a trial and error framework and in some instances have backed off from choices made earlier on”.

<sup>91</sup> Un approfondimento di tale questione è enucleabile nell’Ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia da parte del Tribunale del Lavoro di Padova (7 dicembre 2021), secondo cui proprio la natura “condizionata” del vaccino messo in commercio dovrebbe indurre a scrutinio più rigido, sul piano dell’applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, quando si tratti di valutare le conseguenze della mancata adesione alla misura medesima. In particolare, il tribunale dubita della legittimità della scelta di sospendere dal servizio, senza retribuzione, il personale sanitario che non si sottoponga all’obbligo vaccinale, senza prevedere la possibilità di diversa graduazione delle conseguenze del mancato assolvimento dell’obbligo, che si qualificano “sanzionatorie”.

<sup>92</sup> La vaccinazione obbligatoria “should also be seen as encompassing the value of social solidarity, the purpose of the duty being to protect the health of all members of society, particularly those who are especially vulnerable with respect to certain diseases and on whose behalf the remainder of the population is asked to assume a minimum risk in the form of vaccination” (punto 279 della motivazione). E ancora, al successivo punto 306:

Anzi, la prospettiva sembra addirittura invertita: il beneficio di pochi può sacrificare tutti perché (anche solo) i pochi hanno diritto di essere protetti.

La solidarietà sociale diventa un limite “naturale” al diritto individuale e “dequota” l’essenza “fondamentale” del diritto, comprimendola tra il largo margine di apprezzamento riservato allo Stato e l’obbligo dello Stato di individuare misure adeguate a tutelare i diritti dei più deboli.

L’espressione più avanzata della ricerca di compatibilità tra vaccinazione, pur ritenuta utile o necessaria per ridurre il contagio, e tutela dei diritti individuali sembra essere allo stato la rimessione alla Corte costituzionale italiana della questione relativa all’obbligo vaccinale per i sanitari (e assimilati)<sup>93</sup> considerando che la stessa richiamata sentenza EDU, in linea con numerose pronunce dei giudici nazionali, induce ad approfondire la questione della completezza istruttoria ai fini della decisione, sia essa amministrativa che giurisdizionale, che si traduce nella ritenuta necessità di disporre, anche per effetto di istruttoria disposta d’ufficio, di dati rilevanti, senza i quali le decisioni e il sindacato sulle stesse sarebbero non sufficientemente giustificati.

La questione sembra non irrilevante a fronte della natura ancora sperimentale dei vaccini anticovid, della possibilità di sviluppare *aliunde* l’immunità (attraverso la guarigione da una pregressa infezione), dal rischio persistente di gravi effetti avversi, non riducibili a normale tollerabilità né imprevedibili, dal mancato apprestamento di idonei sistemi di monitoraggio e farmacovigilanza, sia prima che dopo la somministrazione, e, infine, dall’assenza di adeguata e completa informativa che renda consapevole il consenso espresso al trattamento somministrato<sup>94</sup>.

La pronuncia ha inoltre il pregio di porre l’accento sull’importanza dei dati a fondamento delle scelte del decisore politico, senza rinunciare ad evidenziare che la priorità assegnata al diritto alla salute collettiva, che in astratto pur potrebbe giustificare la scelta di obbligare al trattamento vaccinale, richiede continuo adattamento al progressivo sviluppo delle conoscenze scientifiche; onde il punto di caduta del bilanciamento ben potrebbe modificarsi nel corso del tempo e nel caso di specie, a fronte di nuove emergenze relative alla diffusione quantitativa e alla gravità degli eventi avversi, prima non noti e comunque ben superiori a quelli riscontrabili per altri vaccini obbligatori, dovrebbe indurre il legislatore a rivedere le scelte operate.

Non va sottaciuto che, finora, al contrario, si è dato ampio credito, senza sostanziale contraddittorio ammesso, alla piena validazione dei vaccini come operata dagli organi tecnici nazionali e internazionali, nel senso della loro piena utilità ed efficacia sperimentale, anche se non definitivamente accertata<sup>95</sup>.

In particolare, si è osservato che la sicurezza dei vaccini, seppure non autorizzati in via definitiva, sarebbe comunque assicurata dalle rigorose procedure che hanno condotto all’autorizzazione “condizionata”, attualmente dagli stessi posseduta, sulla base di standard scientifici generalmente accettati<sup>96</sup>.

La raccolta dei dati e, prima ancora, la individuazione dei dati rilevanti restano tuttavia sostanzialmente propri degli organi tecnici cui, in materia sanitaria, sono pure, nella sostanza, affidate le scelte di merito.

Ai tecnici si è dunque affidato il compito, che spetterebbe al decisore politico, di individuare l’an e il quomodo delle eventuali misure a tutela della salute<sup>97</sup>.

Ove poi neppure i tecnici disponessero dei dati necessari (a fronte di un pericolo non conosciuto e di conseguenze non tutte positivamente accertate), è del tutto evidente che le scelte che, nondimeno,

---

“the Court considers that it cannot be regarded as disproportionate for a State to require those for whom vaccination represents a remote risk to health to accept this universally practiced protective measure, as a matter of legal duty and in the name of social solidarity, for the sake of the small number of vulnerable children who are unable to benefit from vaccination”.

<sup>93</sup> Cfr. CGARS, ord. 16 marzo 2022, n. 351/2022

<sup>94</sup> Cfr. CGARS cit.

<sup>95</sup> Cfr., ad esempio, Costa Rica, Corte costituzionale, 4 gennaio 2022, n. 374/2022.

<sup>96</sup> Cfr. Italia, Consiglio di Stato, 10 ottobre 2021, n. 7045; ma, dall’altra parte del globo, e in senso del tutto analogo, anche Nuova Zelanda, Alta Corte, 24 settembre 2021, GF v Minister of Covid 19 Response

<sup>97</sup> Così ingenerando il vulnus democratico segnalato, per i profili di cui si tratta, da F. Cafaggi – P. Iamiceli, Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review, cit.

dovessero essere assunte non potrebbero che connotarsi di margini ulteriori di intrinseca provvisorietà, se non aleatorietà, il che non può che rilevare anche in punto di sindacato giurisdizionale sulle stesse<sup>98</sup>.

Questo è, almeno, quanto sembrano aver considerato le Corti che, a fronte di dati contraddittori circa l'efficacia delle misure e gli effetti negativi delle stesse, hanno comunque dato prevalenza alla "maggior precauzione" in favore del più alto numero di soggetti<sup>99</sup>.

Il principio di precauzione, applicato all'obbligo vaccinale, in particolare, dovrebbe operare nella sua massima estensione proprio nei casi in cui l'osservazione scientifica ha rilevato o ipotizzato, sulla base di analogie con altre leggi scientifiche, una successione costante di accadimenti in via di fatto e ne ha formulato una descrizione solo provvisoria, ma non si dispone di prove per confermare l'ipotesi e per escluderla<sup>100</sup>.

Il rischio, evidente, è che il "bilanciamento" (e quindi la scelta, che dovrebbe avvenire ad opera del decisore politico) venga invece operato di fatto dal giudice, che non può disporre (se non eventualmente e, per forza di cose, solo ex post) dell'apparato tecnico e delle informazioni di cui invece dispongono gli amministratori<sup>101</sup>.

Premesso che l'obbligo vaccinale deve farsi rientrare tra i trattamenti sanitari riservati alla legge, ci si chiede se tale (obbligo "per disposizione di legge") sia la regolamentazione operante anche per altri sistemi giuridici.

La sentenza "Vavricka" della Corte EDU<sup>102</sup> affronta tale argomento allorché stabilisce, ai fini del rispetto dell'art. 8 della Convenzione, che è sufficiente che l'obbligo discenda "sostanzialmente" dalla legge, ossia da un atto scritto non limitato alla normativa primaria, purché sufficientemente conoscibile e prevedibile nei suoi effetti<sup>103</sup>.

In Italia, resta invece ferma la individuazione a livello di normazione primaria, posta la previsione contenuta nell'art. 32 della Costituzione; problematica sarebbe quindi una competenza legislativa delle Regioni in materia, considerato che l'art. 117 individua la "tutela della salute" tra le competenze legislative concorrenti delle Regioni, ma alloca i livelli essenziali delle prestazioni, e comunque i principi fondamentali della materia "tutela della salute", in capo allo Stato.

---

<sup>98</sup> La questione è stata sviluppata, tra gli altri, in un caso definito in appello dalla sentenza n. 962/2018 del Consiglio di Stato italiano, relativo alla contestazione da parte di alcuni genitori della decisione di un Comune che aveva imposto l'obbligo vaccinale per i bimbi tra 0 e 6 anni per accedere ai servizi educativi comunali. Il TAR in primo grado aveva respinto il ricorso, così avallando la scelta del Comune; il Consiglio di Stato, che confermava nel merito la pronuncia di prime cure, in via cautelare si era già espresso respingendo l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza, significativamente argomentando che: a) la prescrizione obbligatoria di vaccinazione per l'accesso ai servizi educativi comunali si palesava coerente con il sistema normativo sanitario e con le esigenze di profilassi, tenuto conto dei cambiamenti in atto (minore copertura vaccinale in Europa e aumento dell'esposizione al contatto con persone provenienti da Paesi in cui malattie debellate in europa sono tuttora esistenti); b) il principio di precauzione invocato dai genitori, che ritenevano scientificamente provata la possibilità di effetti dannosi della vaccinazione sulla salute, poteva essere invocato anche nell'ipotesi contraria essendo scientificamente provato che la vaccinazione contrasta la probabilità di contrarre malattie infettive; c) in tale periodo di incertezza scientifica entrambe le ipotesi dovevano dunque essere considerate come vere, perciò imponendosi il principio di precauzione per la tutela della salute pubblica, specie dei bambini in età prescolare, che prevaleva sulle prerogative individuali dei genitori.

<sup>99</sup> Cfr. nota precedente.

<sup>100</sup> Cfr. Cons. di Stato, III, Ord. n. 1622/2017.

<sup>101</sup> Cfr. F. Patroni Griffi – "Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza", relazione tenuta nel corso del Webinar Fondazione Occorsio il 12 aprile 2021 e pubblicata sul sito internet della G.A.: "Il bilanciamento è stato effettuato prevalentemente a livello normativo secondario (...) e anzi una buona "quota del bilanciamento è stata rimessa all'applicazione delle misure; quindi all'amministrazione e, in ultima analisi, al giudice".

<sup>102</sup> Cfr. par. III che precede.

<sup>103</sup> "The Court reiterates that the term "law" as is appears in the phrases "in accordance with the law" and "prescribed by law" in Articles 8 to 11 of the Convention, is to be understood in its "substantive" sense, not limited to primary legislation, but including also legal acts and instruments of lesser rank. In sum, the "law" is the provision in force as the competent courts have interpreted" (cfr. punto 269 della motivazione).

Certa è invece l'impossibilità di stabilire l'obbligo vaccinale con mero atto amministrativo<sup>104</sup>, mentre l'attuazione di tale obbligo ben potrebbe essere rimessa ad un atto di rango inferiore.

A sostegno di tale impostazione resta, come statuito dalla Corte costituzionale italiana, la salda esigenza di regolare su un piano di uniformità le regole di profilassi sanitaria e dunque di garantire "misure omogenee su tutto il territorio nazionale".

Problematiche del tutto analoghe sono riscontrabili a fronte di normazioni che allocano le competenze sanitarie all'Amministrazione federale piuttosto che agli Stati federati<sup>105</sup>, escludendosi la possibilità di imporre l'obbligo vaccinale da parte di organi o enti non muniti della relativa competenza e sulla base della sola emergenza.

Una volta imposto o suggerito il trattamento vaccinale, ne vanno indagati gli effetti.

Quali sono i vantaggi o gli svantaggi derivanti ai singoli dalla sottoposizione o meno al trattamento vaccinale?

Il dibattito - non necessariamente posto sul piano giuridico - ha già incrociato la questione del c.d. "passaporto vaccinale", che abiliterebbe coloro i quali fossero stati sottoposti al trattamento vaccinale ad esercitare attività, o godere di libertà (accesso a locali pubblici, ma anche utilizzo di mezzi di trasporto internazionale), precluse a chi non fosse ancora stato sottoposto a tale trattamento.

Al riguardo, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa<sup>106</sup> ha da subito considerato l'esigenza che il vaccino resti facoltativo e che non possa subire alcuna conseguenza discriminatoria chi ne abbia volontariamente rifiutato la somministrazione.

E tuttavia, la mancata vaccinazione, per non tradire il senso stesso della politica vaccinale, e dunque per garantire la tutela collettiva, non potrebbe che essere "surrogata" da una certificazione sanitaria, che garantisca, per il limitato scopo per il quale è richiesta (accesso ai luoghi, trasporto aereo e simili), l'assenza della malattia<sup>107</sup>, escludendo così la possibilità di contagio.

La ricerca di "surrogati", evincibile nella regolamentazione del "passaporto europeo", come anche dei corrispondenti nazionali<sup>108</sup>, costituisce il livello avanzato di "bilanciamento" tra l'autodeterminazione individuale (il diritto di non vaccinarsi) e il diritto collettivo alla salute (che passa per l'accertamento della "salute" del singolo che entri in contatto con altri), di cui occorre ancora indagare la tenuta in termini di adeguatezza e proporzionalità, considerando anche, tra le altre variabili, lo stato "in progress" della complessiva campagna vaccinale e, più recentemente, l'allentamento delle misure restrittive anche riferite alla documentazione della intervenuta vaccinazione, non più richiesta per la maggior parte delle attività.

<sup>104</sup> Per un'applicazione del principio, si cfr. TAR Lazio, III-quater, nn. 10047 e 10048 del 2020 e ancora 10352/2020 (conf., 10600/2020, 10579/2020, 10587/2020, 10557/2020, ex pluris; e, prima ancora, TAR Calabria, CZ. I, n. 1462/2020), relative all'obbligo vaccinale antinfluenzale stagionale, con finalità di diagnosi differenziale rispetto al Covid-19, imposto agli ultrasessantacinquenni (pena il divieto di frequentare luoghi di facile assembramento come centri sociali e case di riposo) nonché per tutto il personale sanitario e sociosanitario operante in ambito regionale (pena il divieto di avere accesso ai rispettivi luoghi di lavoro).

<sup>105</sup> Cfr., per gli Stati Uniti, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, *BST Holdings, L.L. C. v. Occupational Safety & Health Administration*, 17 F.4th 604 (5th Cir. 2021).

<sup>106</sup> Cfr. Risoluzione n. 2361 (221) in data 27 gennaio 2021 (Doc. 15212, report of the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development): "7.3.1 ensure that citizens are informed that the vaccination is not mandatory and that no one is politically, socially, or otherwise pressured to get themselves vaccinated, if they do not wish to do so themselves; 7.3.2. ensure that no one is discriminated against for not having been vaccinated, due to possible health risks or not wanting to be vaccinated".

<sup>107</sup> Sotto forma di attestazione di negatività al virus in un tempo dato, a far data da un certo momento, ovvero di avvenuta guarigione.

<sup>108</sup> O, in taluni casi, addirittura regionali, come previsto dall'Ordinanza n. 17 del 6 maggio 2021 del Presidente della Giunta regionale della Regione Campania che, per quanto rileva, "formula indirizzo ai direttori sanitari delle RSA e agli altri soggetti competenti: di consentire l'accesso alle strutture, nel rispetto delle misure di sicurezza fondamentali (obbligo di utilizzo di dispositivi di protezione individuale, frequente igienizzazione delle mani e degli oggetti) ai visitatori che comprovino, attraverso esibizione di certificazione/smart card, di aver completato la vaccinazione, secondo quanto prescritto dalle indicazioni del Ministero della salute".

Misure sostanzialmente analoghe sono state assunte anche in altri Stati e considerate del tutto valide e non incompatibili con lo statuto dei diritti fondamentali<sup>109</sup>.

L'obiettivo incertezza su tante delle questioni involte all'utilizzo dei vaccini anti-covid ha, come già sopra evidenziato, determinato, allo stato, la scelta del decisore politico di evitare di introdurre in generale l'obbligo vaccinale.

Non mancano tuttavia previsioni normative che hanno introdotto un obbligo vaccinale "selettivo" imposto a determinate categorie di lavoratori<sup>110</sup>.

La selettività dell'obbligo e le conseguenze del suo mancato assolvimento hanno determinato l'insorgere di un cospicuo contenzioso.

Si è contestata in particolare la compatibilità di siffatto obbligo e dei suoi precipitati effettuali, consistenti nella totale sospensione delle attività professionali giudicate non esercitabili in mancanza di prova dell'avvenuta vaccinazione, cui fosse conseguita anche la sospensione della corrispondente retribuzione, con i principi di uguaglianza, proporzionalità e con i diritti fondamentali al lavoro e alla giusta retribuzione<sup>111</sup>.

La oggettiva scarsità delle dosi disponibili ha, nel caso dei vaccini anti-covid, determinato l'insorgenza di questioni in parte diverse da quelle originate in occasione degli altri trattamenti vaccinali.

La prima, in ordine logico, è probabilmente connessa alla qualificazione del trattamento vaccinale come "diritto"<sup>112</sup>.

Se di diritto si tratta<sup>113</sup>, lo stesso è certamente condizionato alla disponibilità delle dosi e alla strutturazione degli apparati sanitari deputati alla somministrazione; non può dunque essere, per forza di cose, un diritto immediatamente e incondizionatamente esercitabile.

Ma neppure può essere ingiustificatamente dilazionato o postergato ove ne fosse stabilita la spettanza<sup>114</sup>.

L'esercizio del diritto, tuttavia, è naturalmente "condizionato", ossia possibile nel rispetto della graduazione, temporale e categoriale, prevista dalle pertinenti disposizioni, prevalentemente regolamentari.

E' dunque di rilevante importanza l'individuazione dei soggetti prioritariamente destinatari della somministrazione.

<sup>109</sup> Cfr. Cile, Corte Suprema, Terza Camera, 19 ottobre 2021, n. 78.839-2021, con riferimento al "mobility pass", sostanzialmente equivalente, per taluni effetti, al "green pass".

<sup>110</sup> Cfr. la già citata Church v- Biden, Case n. CV 21-2815 (CKK), 2021 WL 5179215 (D.D.C. Nov. 8, 2021, che ha validato la scelta del decisore politico di obbligare alla vaccinazione il personale militare nel dare la prevalenza, in un'ottica di bilanciamento, all'interesse pubblico alla continuità del servizio, che potrebbe essere messo a rischio dal contagio dei suoi addetti, e alla politica di contenimento del contagio, cui non può essere paragonato l'interesse economico degli attori,

<sup>111</sup> Cfr. Ord. TAR Lombardia, Milano, 30 marzo 2022, n. 712/2022, che ha rimesso la relativa questione alla Corte costituzionale argomentando principalmente sulla sproporzione tra obbligo e sanzione, sul rilievo che il lavoratore/professionista, nella specie psicologo, ben avrebbe potuto svolgere l'attività in forme che non prevedessero il contatto fisico con il paziente

<sup>112</sup> Si pone il problema L. Taschini, in "Il vaccino antiCovid nel rapporto di lavoro. Riflessioni a partire dall'ordinanza cautelare del giudice del lavoro di Messina" in Giustizia insieme, 16 febbraio 2021, cfr. nota 4: "In relazione al problema dell'accesso alla vaccinazione, sicuramente attuale vista la carenza e la limitatezza delle dosi disponibili, occorre chiedersi, esiste un diritto ad essere vaccinati? Ad essere vaccinati entro un certo limite temporale? Quali priorità sono riscontrabili, se vi sono, tra la popolazione nell'accesso di vaccino? La Costituzione offre criteri per determinare l'ordine giusto ed equo di vaccinazione?"

<sup>113</sup> Segnatamente, diritto di prestazione ad ottenere un trattamento sanitario.

<sup>114</sup> Cfr. Colombia, Tribunale di Bogotà, circ. amm. 66, 14 settembre 2021, 2021-0221, in un caso in cui il Ministro della Salute aveva immotivatamente dilazionato la somministrazione della seconda dose di vaccino in assenza di dati che giustificassero il diverso numero di giorni tra la prima e la seconda dose.

Per contro, ove tali priorità fosse state previamente stabilite, è evidente che il mancato rispetto in fase attuativa, favorendo soggetti non utilmente graduati, determinerebbe un pregiudizio per i soggetti indebitamente postergati<sup>115</sup>.

Per altro verso, lo Stato, in quanto obbligato a rendere la prestazione sanitaria vaccinale agli aventi diritto, resta responsabile della corretta dislocazione sul territorio delle dosi necessarie sulla base della pianificazione concordata<sup>116</sup>.

Anche in questo caso, l'analisi dei dati, preliminare alla scelta del decisore politico, ha individuato una sicura priorità per i soggetti naturalmente più "fragili", statisticamente identificati in quelli di età più avanzata perché maggiormente interessati da forme gravi di malattia e da eventi mortali.

A questi sono stati aggiunti progressivamente i "comunque fragili", cioè i soggetti vulnerabili non già in ragione dell'età ma perché affetti da altre patologie (più o meno) gravi che eventualmente richiedessero cure incompatibili con l'eventuale ulteriore infezione.

La scelta, dapprima operata sul criterio "soggettivo" di maggiore vulnerabilità, ha poi dovuto misurarsi con la valutazione di altre esigenze, quali quella di garantire condizioni di lavoro sicure per gli operatori comunque esposti o maggiormente esposti al contagio, identificando, a tale scopo, categorie quali gli operatori sanitari, le forze dell'ordine e simili, indipendentemente dall'età, allargate poi, non sempre ragionevolmente, almeno in una prima fase, a categorie diverse per le quali fosse stato individuato un diverso criterio di priorità (ad esempio, in via generalizzata, i docenti, o gli operatori scolastici, pur a fronte di diffuse modalità di didattica a distanza, specie in ambito universitario).

La combinazione dei diversi criteri ha finito per determinare, per un verso, e pur tenendo conto delle difficoltà oggettive di approvvigionamento delle dosi, il rallentamento della campagna vaccinale "per età", in generale, e, per altro, evidenti disparità di "accesso al vaccino".

La tempistica di accesso al vaccino è questione, del resto, variamente affrontata dalle Corti.

L'individuazione di categorie generali, in via d'urgenza e sulla base dei dati statistici raccolti, mal si presta, invero, alla personalizzazione delle cure necessaria in ambito sanitario, né può, per altro verso, pretendersi, da una normativa per forza di cose "in progress", la previsione di tutti i possibili casi o eccezioni.

Tale situazione ha dunque ingenerato un cospicuo contenzioso nel quale sono state fatte valere condizioni personali che, palesando situazioni di particolare fragilità, non espressamente previste nelle individuate "categorie prioritarie", hanno determinato una sorta di ulteriore "priorità" per via giurisdizionale, giustificata dalla ritenuta ricorrenza della lesione, altrimenti cagionata, di diritti costituzionalmente o convenzionalmente garantiti<sup>117</sup>.

E' stata, per altro profilo, e a fronte della sicura prevalenza attribuita al "diritto al vaccino", declinazione del più generale diritto alla salute, ritenuta recessiva l'esigenza pubblica di formale completezza della documentazione attestante le condizioni per la somministrazione, ove riferita a soggetti non autonomi, nei confronti dei quali la formalità burocratiche potessero integrare "barriere" all'accesso alle prestazioni sanitarie garantite<sup>118</sup>.

Nel caso, poi, di dissenso da parte dei genitori sulla somministrazione del vaccino, non obbligatorio, a minori, le Corti hanno finora sempre ritenuto preferibile, bilanciando gli opposti interessi, consentire la somministrazione del vaccino, in quanto misura "protettiva" non solo del minore ma

<sup>115</sup> Cfr. Brasile, Corte di giustizia dello Stato di Paraná, 17 settembre 2021, n. 0029069-42.2021-8-16-0000 e n. 0031548-90.2021-8-16.

<sup>116</sup> Cfr. Brasile, Corte Suprema Federale, 30 agosto 2021, Acao Cível Originaria, 3.518 Distrito Federal.Min.R.L.

<sup>117</sup> E' il caso esaminato dalla Corte tedesca di Francoforte sul Meno (decisione del 12 febbraio 2021) che ha, con provvedimento d'urgenza, tenendo in specifica considerazione il diritto alla salute potenzialmente messo in pericolo dal protrarsi della pandemia senza offrire protezione vaccinale ai soggetti fragili, ordinato all'Amministrazione sanitaria di esaminare il caso della ricorrente, minore e disabile grave (con grave patologia respiratoria), ai fini della somministrazione prioritaria del vaccino con modalità off-label.

Il caso è particolarmente interessante perché involge l'emersione di diritti individuali oltre la specifica previsione di legge positiva e sulla base della interpretazione convenzionalmente orientata dalla stessa.

<sup>118</sup> Cfr. Costa Rica, Corte Suprema di giustizia, 9 febbraio 2022, n. 2924/2022.



anche della salute pubblica<sup>119</sup> e comunque dando prevalenza al diritto alla salute del minore piuttosto che alla libertà di opinione del genitore dissenziente.

Ancora più significative sono altre decisioni che hanno fatto emergere un autonomo diritto alla vaccinazione in capo al minore anche contro la volontà dei genitori<sup>120</sup> e configurando un potere sostitutivo dello Stato per garantirne l'esercizio<sup>121</sup>.

Sotto altro profilo, le Corti hanno censurato le inerzie ovvero le inazioni degli Stati nell'efficace contrasto alla pandemia attraverso la somministrazione vaccinale.

E' il caso, paradigmatico, del Brasile, che, a causa della scarsità delle dosi disponibili, ha tentato di rallentare la somministrazione ai minori, con rischio sanitario per l'intera popolazione<sup>122</sup>.

Ma non mancano altri casi nei quali è stato ordinato agli Stati di garantire la somministrazione vaccinale in concomitanza con la frequenza scolastica, imposta in presenza, e dunque di porre in essere azioni positive a tutela della salute<sup>123</sup>.

L'emergenza sanitaria ha, per un verso, anche con riferimento ai vaccini, fatto riemergere la problematica classica sul bilanciamento tra valori e riattribuito centralità al principio di proporzionalità, messo a dura prova dalle tecniche di decisione, politica e giurisdizionale, costrette a confrontarsi con un quadro istruttorio non sempre compiutamente definito, con una parallela ridefinizione del principio di precauzione e con una riqualificazione del concetto di solidarietà sociale, tutto da costruire nella sua effettiva portata giuridica in relazione alle situazioni soggettive individuali tutelate ai diversi livelli.

Per altro verso, ha consentito di individuare problematiche inedite o diversamente sviluppate nella stessa materia dei vaccini, di cui sono già evidenti i possibili sviluppi giurisprudenziali, non sempre compiutamente evincibili dalla pregressa trattazione.

## 6. What is next? I possibili futuri orizzonti della Covid Litigation

Se il progetto si è finora concentrato sul rapporto tra decisione pubblica e diritti fondamentali, trovando approdo prevalente nella giustizia costituzionale e amministrativa, l'evoluzione prossima del contenzioso porterà probabilmente in auge una stagione, per così dire, privatistica. Mentre nella prima fase della pandemia le questioni giusprivatistiche principali hanno riguardato le sopravvenienze contrattuali e le dilazioni di pagamento<sup>124</sup>, nell'attuale contesto è la responsabilità civile il principale interpellato.

La questione non riguarda solo il *come* il giudizio di responsabilità potrà e dovrà articolarsi per rispondere alle istanze di giustizia correttiva ad esso normalmente sottese: se è ingiusto solo il danno alla salute o anche quello (meramente economico) da perdita della capacità imprenditoriale; come dovrà valutarsi la colpa e chi ne dovrà provare i presupposti; quale spazio potrà avere la responsabilità oggettiva; che tipo di causalità sarà 'adeguata' per delimitare l'area del danno risarcibile lungo la catena degli eventi (e dei contagi) del tempo pandemico; che ruolo avrà lo stato di necessità; come si definiranno le regole del concorso in casi in cui il danno pare collegarsi all'agire di regolatori (di diversa natura), comitati scientifici, amministratori (pubblici e privati), operatori (non solo sanitari).

Ancor prima la domanda riguarderà il *se* della responsabilità civile: se la 'correzione' degli errori debba essere affidata a questo strumento, in contesti in cui i livelli di incertezza circa l'evoluzione della pandemia e l'impatto delle singole misure, e l'estrema complessità legata al meccanismo di concause multifattoriali rendono l'accertamento delle responsabilità particolarmente difficoltoso. Mentre sul panorama del dibattito politico si confrontano le ragioni delle tesi inclini a forme più o meno diffuse di immunità, quelle favorevoli all'introduzione di meccanismi di responsabilità

<sup>119</sup> Cfr. Cile, Corte Suprema, III, 8 febbraio 2022, n. 3.650-2022

<sup>120</sup> Cfr. Paesi Bassi, Corte Distrettuale Oost-Brabante, 7 dicembre 2021, C/01/376292/FA)

<sup>121</sup> Cfr. Brasile, Corte Federale di Rio de Janeiro, 26° sezione, 3 febbraio 2022, n. 50006181-88-2022-4-02-5101/RJ).

<sup>122</sup> Cfr. Brasile, Corte Suprema Federale, 30 dicembre 2021, ADPF 929/DF.

<sup>123</sup> Cfr. Messico, First Collegiate Court of the 24th Circuit, 25 ottobre 2021, n. 582/2021.

<sup>124</sup> Di queste il progetto *Covid Litigation* non si è occupato specificamente.

oggettiva e ancora l'istituzione di fondi di solidarietà e forme di assicurazione obbligatoria, i giudici affrontano le prime cause, animati essi stessi da una lettura rigorosa dei meccanismi di imputazione e delle regole sulla causalità<sup>125</sup>. Il Database ne darà conto, con il proposito di continuare a essere luogo ideale di dialogo e confronto europeo e transazionale.

---

<sup>125</sup> V., per il panorama italiano, T.a.r. Napoli, 28 settembre 2021, n. 7351; T.a.r. Lazio, 5 aprile 2022, n. 3910/2022; 2 maggio 2022, n. 5411/2022; 9 maggio 2022, n. 5724/2022, già citati.

Cfr., negli Stati Uniti, le decisioni relative al tema dei c.d. danni indiretti o danni consequenziali prodotti a carico dei familiari contagiati da lavoratori esposti a condizioni di sicurezza sui luoghi di lavoro non idonee al contesto pandemico. Sul tema si è espressa la Corte App. California alla fine di dicembre 2021, escludendo dall'area di responsabilità del datore di lavoro la rilevanza del danno consequenziale (<https://www.covid19litigation.org/news/2021/12/usa-court-appeal-california-compensation-damage-caused-workers-who-contract-virus-and>); al momento della chiusura di questo articolo pende sul punto una questione analoga davanti alla Corte Suprema della California (<https://www.covid19litigation.org/news/2022/05/usa-should-derivative-injury-doctrine-apply-take-home-covid-19-lawsuits>).