



4 GIUGNO 2025

Note sparse in tema di riserva di legge
in materia di trattamenti sanitari
obbligatori (commento a margine di
Corte cost., sentenza n. 171/2023)

di Andrea Rovagnati
Ricercatore di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano



Note sparse in tema di riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori (commento a margine di Corte cost., sentenza n. 171/2023) *

di Andrea Rovagnati

Ricercatore di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Il contributo critica la sentenza in commento sotto tre profili: ipotizza, alla luce dei dibattiti in Costituente, che il contenuto della riserva configurata dall'articolo 32, comma 2, possa essere più circoscritto di quello indicato dalla Corte costituzionale; denuncia la debolezza dell'argomento secondo cui la disposizione denunciata non determinerebbe alcuna violazione della riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori in ragione del carattere tecnico del potere delegato al Ministero; segnala l'inadeguatezza della motivazione offerta dalla Corte costituzionale in relazione al rinvio a circolari amministrative operato dalla disposizione censurata, evidenziandone la non compatibilità con la riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori e la sua ricaduta negativa sulla tenuta del sistema delle fonti.

Title: Compulsory Medical Treatments Under the Italian Constitution: Insights from Constitutional Court Judgment No. 171/2023

Abstract [En]: This article critically examines Constitutional Court Judgment No. 171/2023 from three key perspectives. First, it questions whether the scope of the non-delegation principle established by Article 32, paragraph 2, of the Italian Constitution may be more narrowly defined than suggested by the Court, in light of the Constituent Assembly's debates. Second, it challenges the argument that the contested provision does not violate the non-delegation principle regarding compulsory medical treatments due to the technical nature of the powers delegated to the Ministry, emphasizing the conceptual weaknesses of this rationale. Finally, it critiques the Court's reasoning regarding the delegation of authority to administrative circulars within the contested provision, arguing that such an approach conflicts with Article 32, paragraph 2, and undermines the integrity of the legal framework.

Parole chiave: Riserva di legge, trattamenti sanitari obbligatori, discrezionalità tecnica, circolari amministrative

Keywords: Non-delegation principle, compulsory medical treatments, technical discretion, administrative circulars

Sommario: **1.** Considerazioni introduttive, alla luce del contenuto dell'ordinanza di rimessione del 14 luglio 2022 del Tribunale di Padova, su Costituzione e vaccinazioni obbligatorie nel tempo della pandemia. **2.** Trattamenti sanitari obbligatori e riserva di legge: indicazioni ricavabili dal dibattito costituente e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale anteriore alla sentenza n. 171/2023. **3.** La sentenza n. 171/2023 della Corte costituzionale: una pronuncia con qualche ombra.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Considerazioni introduttive, alla luce del contenuto dell'ordinanza di rimessione del 14 luglio 2022 del Tribunale di Padova, su Costituzione e vaccinazioni obbligatorie nel tempo della pandemia

Lo *stress* indotto nel sistema delle fonti, almeno in una certa misura¹, dagli atti emanati dai pubblici poteri nel tentativo di governare in Italia la manifestazione collettiva del COVID-19² non può ancora dirsi superato tutt'oggi, nonostante lo «*stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*», deliberato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, sia cessato il 31 marzo 2022.

Le tensioni provocate in detto sistema dagli atti dinanzi ricordati sono tuttavia prossime ad allentarsi per effetto dell'attività degli organi giudiziari e della Corte costituzionale. Ciò risulta confermato, ancorché coi limiti che si dirà³, anche dalla lettura della sentenza che qui si annota⁴, per mezzo della quale è stata data soluzione alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Padova con ordinanza del 14 luglio 2022⁵ ed aventi ad oggetto due disposizioni legislative, entrate in vigore durante lo stato di emergenza, sospettate di essere contrarie alla «*riserva di legge sancita dagli articoli 32 e 23 della Costituzione*»⁶.

¹ È opportuno ricordare, come bene sanno gli studiosi del sistema delle fonti del diritto, che l'origine delle tensioni alle quali si farà riferimento nel testo non può certamente essere collocata nei mesi della pandemia provocata dal SARS-CoV-2. Ormai da diversi decenni, la sterminata bibliografia sulle fonti del diritto italiano segnala l'esistenza di fenomeni, in parte simili a quelli osservati nel periodo pandemico, che hanno fatto sorgere in dottrina addirittura il dubbio che possa predicarsi l'esistenza di un sistema delle fonti del diritto e che sia ancora di una qualche utilità provare a delinearne le caratteristiche. Per una recente risposta a tale dubbio, cfr. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, il cui tentativo di addivenire a una revisione dogmatica delle fonti del diritto italiano è lucidamente motivato non solo richiamando la necessità di preservare «*lo strumento necessario a selezionare il materiale a cui è consentito porre obblighi e divieti alla collettività*», la cui perdita determinerebbe «*un duro colpo alle esigenze di certezza e prevedibilità che accompagnano la vita di tutti*», ma anche e soprattutto rimarcando la necessità di preservare ciò che rappresenta il cuore di «*un sistema costituzionale che si ispira ai principi di democrazia*», nel quale «*il produrre obblighi e divieti è compito che [...] è riservato alle autorità politiche investite del voto popolare*». Di qui la conclusione – che merita di non essere persa di vista neppure quando, come avviene nel caso analizzato nel presente contributo, si rifletta su aspetti specifici di questo ampio tema – che «*[l]a teoria delle fonti e teoria dei poteri crescono nello stesso vaso, addossate allo stesso sostegno, la costituzione. I cedimenti di una compromettono la tenuta dell'altra*» (ivi, p. 10).

² L'efficace immagine è stata impiegata in uno tra i primi contributi pubblicati sull'argomento. Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 109.

³ Cfr., *infra*, paragrafo 3.

⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 171/2023, depositata in cancelleria il 27 luglio 2023 e pubblicata in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 31 del 2 agosto 2023.

⁵ Ordinanza del 14 luglio 2022 del Tribunale di Padova nel procedimento civile promosso da T.E. contro A.O.U. di P., iscritta al n. 136 del registro ordinanze 2022 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 47, prima serie speciale, dell'anno 2022.

⁶ Stando alla formulazione contenuta nell'ordinanza in esame, sembrerebbe che il giudice rimettente abbia ragionato come se la riserva di legge asseritamente violata fosse sancita, in combinato disposto, dagli articoli 32, comma 2, primo periodo, e 23 della Costituzione. Come noto, così non è, nel senso che le due disposizioni citate istituiscono due distinte riserve di legge, l'una per l'imposizione di un qualsiasi «*determinato trattamento sanitario obbligatorio*», l'altra, per quel che qui rileva, per l'imposizione di un qualsiasi «*prestazione personale*» che, ovviamente, non consista nella sottoposizione a un determinato trattamento sanitario obbligatorio. Tale conclusione si impone perché, ragionando diversamente, si dovrebbe concludere per l'inutilità dell'articolo 32, comma 2, primo periodo, nel senso che il principio in esso affermato duplicherebbe quanto già previsto, in termini generali, dall'articolo 23.

Anche a non voler accogliere la tesi di chi attribuisca natura “assoluta” alla riserva istituita dall'articolo 32, comma 2, e natura “relativa” alla riserva prevista dall'articolo 23 (come, ad esempio, D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 come norma di chiusura*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 254 ss.), e a volere invece qualificare entrambe le riserve anzidette come “relative”, resta in ogni caso vero che, alla luce del tenore letterale delle due disposizioni, il potere del legislatore – di

Più precisamente, le censure del giudice rimettente si erano appuntate sui commi 1 e 5 dell'articolo 4 del decreto legge n. 44/2021, nel testo risultante dalla modifiche introdotte nei mesi successivi alla sua entrata in vigore⁷, nelle parti in cui avevano demandato a circolari del Ministero della salute, rispettivamente, la previsione delle indicazioni e dei termini della somministrazione, nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario, della vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 (comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario)⁸, e la previsione delle

disciplinare direttamente la materia o di delegare all'amministrazione la disciplina di determinati aspetti della stessa – pare nel primo caso soggetto a vincoli costituzionali più pregnanti che nel secondo. Sull'argomento, cfr., da ultimo, S. LEONE, *La salute degli altri. Giustificazione e limiti degli obblighi vaccinali*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 41, 100-101, la quale, riflettendo sul rapporto tra gli articoli 23 e 32 della Costituzione, ritiene che «*la circostanza che la prestazione "trattamento sanitario" sia stata estratta dall'insieme generale delle prestazioni contemplate dalla prima disposizione per essere enucleata in una previsione ad hoc, trova la propria spiegazione nella evidente circostanza che stiamo parlando di una prestazione del tutto peculiare, capace di incidere [...] su una sfera di autodeterminazione "qualificata" come è la libertà di cura. E certo tale circostanza spiega perché l'art. 32 Cost. avvolge tale libertà con forme di garanzia più intense rispetto a quelle offerte dall'art. 23 Cost. [...]: intanto, ferma restando la comune sottoposizione al principio di ragionevolezza (e in particolare di proporzionalità), l'obbligo disciplinato dall'art. 32 Cost. non è libero nel fine, giustificandosi solo in vista della tutela della salute collettiva; e in secondo luogo vi è qui l'espresso limite del rispetto della persona umana.*

⁷ Per quel che qui rileva, l'articolo 4 del decreto legge n. 44/2011 era stato modificato dapprima dalla legge di conversione n. 76/2021, successivamente dall'articolo 1, comma 1, lettera b, del decreto legge n. 172/2021, convertito, con modificazioni, nella legge n. 3/2022, e dall'articolo 8, comma 1, del decreto legge n. 24/2022, convertito, con modificazioni, nella legge n. 52/2022. Il riferimento nel presente contributo all'articolo 4, commi 1 e 5, del decreto legge n. 44/2021 deve dunque essere inteso come riferito al testo dello stesso così come risultante dall'ultima modifica dinanzi ricordata.

⁸ L'articolo 4, comma 1, del decreto legge n. 44/2021 recitava: «*Fino al 31 dicembre 2022, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita, comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata altresì nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano in conformità alle previsioni contenute nel piano di cui al primo periodo.*» La parte di disposizione censurata recava una formula – «*sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita, comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute*» – che si prestava ad essere interpretata sia nel senso che la circolare ministeriale dovesse prevedere indicazioni e termini in merito all'assoggettamento dei soggetti ivi indicati alla vaccinazione obbligatoria, inclusa la somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, sia nel senso che detta circolare dovesse disciplinare gli aspetti ricordati unicamente in relazione alla somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario. Considerate le circostanze caratterizzanti il caso in controversia – stando alla lettura dell'ordinanza di rimessione, le questioni di legittimità costituzionale erano state sollevate nell'ambito di un giudizio instaurato da un'infermiera che non si era sottoposta ad alcuna vaccinazione, aveva contratto l'infezione da SARS-CoV-2, era successivamente guarita ed era stata riammessa in servizio in base a quanto previsto dall'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021, così come modificato dal decreto legge n. 24/2022 – è ragionevole ritenere che il Tribunale di Padova, censurando il comma 1 del menzionato articolo 4, avesse fatto propria la prima delle due interpretazioni anzidette (la quale, ad avviso di chi scrive, trovava conferma nel comma 3 dell'articolo 4 del decreto legge n. 44/2021, recante la disciplina delle attività incombenti sulle autorità competenti qualora «*non risulti l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2, anche con riferimento alla dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nelle modalità stabilite nella circolare di cui al comma 1*»). Solo così si spiega l'interesse del giudice rimettente, da esso manifestato nell'ordinanza di rimessione, alla dichiarazione di incostituzionalità anche di quest'ultima disposizione: una decisione della Corte costituzionale in tale senso, infatti, avrebbe fatto venire meno il presupposto logico e giuridico della prescrizione dettata al comma 5, rappresentato dall'obbligo di sottoporsi a vaccinazione. Opinando diversamente, e cioè assumendo che il comma 1 avesse demandato al Ministero della salute la decisione in ordine alle indicazioni e ai termini della somministrazione della sola dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, la questione sollevata dal Tribunale di Padova non avrebbe soddisfatto il requisito della rilevanza, poiché la relativa norma non sarebbe comunque stata applicabile nel giudizio *a quo*, instaurato come detto da un soggetto che non si era sottoposto al ciclo vaccinale primario e che, in quanto guarito dall'infezione di SARS-CoV-2, non avrebbe più dovuto esserlo.

indicazioni per il differimento della vaccinazione da parte di chi, tra i soggetti dinanzi menzionati, avesse contratto l'infezione prima di adempiere all'obbligo e fosse successivamente guarito⁹.

Secondo il Tribunale di Padova, la violazione degli articoli 23 e 32 della Costituzione da parte delle norme anzidette sarebbe derivata tanto dalla mancata predeterminazione della disciplina delegata «*in modo tale che il relativo potere sia delimitato e circoscritto a parametri legislativamente stabiliti*», quanto dalla assenza di qualsiasi precisazione, «*anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa del diritto alla salute delle persone*».

Affermata la natura di «*vere e proprie fonti del diritto, con efficacia diretta nell'ordinamento generale*», delle circolari alle quali rinviavano i commi 1 e 5 dell'articolo 4 del decreto legge n. 44/2021¹⁰, il giudice rimettente

⁹ L'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021 stabiliva che: «*La sospensione*» dall'esercizio delle professioni sanitarie, da determinare immediatamente in conseguenza dell'accertamento del mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, «*è efficace fino alla comunicazione da parte dell'interessato all'Ordine professionale territorialmente competente e, per il personale che abbia un rapporto di lavoro dipendente, anche al datore di lavoro, del completamento del ciclo vaccinale primario e, per i professionisti che hanno completato il ciclo vaccinale primario, della somministrazione della dose di richiamo e comunque non oltre il 31 dicembre 2022. Per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato. Il datore di lavoro verifica l'ottemperanza alla sospensione disposta ai sensi del comma 4 e, in caso di omessa verifica, si applicano le sanzioni di cui all'articolo 4-ter, comma 6. In caso di intervenuta guarigione l'Ordine professionale territorialmente competente, su istanza dell'interessato, dispone la cessazione temporanea della sospensione, sino alla scadenza del termine in cui la vaccinazione è differita*» – ed è questa la previsione censurata dal giudice rimettente – «*in base alle indicazioni contenute nelle circolari del Ministero della salute. La sospensione riprende efficacia automaticamente qualora l'interessato ometta di inviare all'Ordine professionale il certificato di vaccinazione entro e non oltre tre giorni dalla scadenza del predetto termine di differimento*».

¹⁰ Dalla lettura dell'ordinanza di rimessione, emerge che le parti e il giudice *a quo* avevano peraltro inteso che, per effetto della previsione dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021, la materia trovasse la propria regolazione in circolari emesse precedentemente all'entrata in vigore di detta disposizione. In particolare, venivano richiamate due circolari del Ministero della salute recanti indicazioni sulla condizione di tutte le persone che avessero contratto il virus: l'una, adottata il 3 marzo 2021 (e dunque prima ancora che fosse introdotto l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2), nella quale si stabiliva che «*è possibile considerare la somministrazione di un'unica dose di vaccino [...] nei soggetti con pregressa infezione [...], purché la vaccinazione venga eseguita ad almeno 3 mesi di distanza dalla documentata infezione e preferibilmente entro i 6 mesi dalla stessa*»; l'altra, adottata il 21 luglio 2021 (quando invece era stato introdotto l'obbligo vaccinale, ma non ancora alcuna deroga per il caso di intervenuta guarigione), che, aggiornando la circolare precedente, stabiliva che fosse possibile considerare per i soggetti con pregressa infezione una sola dose di vaccino «*purché la vaccinazione venga eseguita preferibilmente entro i 6 mesi dalla stessa e comunque non oltre 12 mesi dalla guarigione*». Stando a quanto riferito nell'ordinanza di rimessione, la parte privata aveva adito il Tribunale di Padova chiedendo che venisse accertato il suo diritto all'esenzione dall'obbligo vaccinale per 12 mesi, decorrenti dalla data di guarigione, oppure, in subordine, per almeno 6 mesi, ai sensi di quanto previsto dalla circolare del Ministero della salute del 21 luglio 2021. L'azienda ospedaliera aveva obiettato di dover dare applicazione a quanto previsto dalle circolari del Ministero della salute del 3 marzo 2021 e del 21 luglio 2021, in base alle quali, a suo avviso, era invece possibile considerare la somministrazione di un'unica dose vaccinale nei soggetti con pregressa infezione, purché la vaccinazione venisse eseguita ad almeno 3 mesi di distanza dalla documentata infezione e preferibilmente entro i 6 mesi dalla stessa. L'azienda ospedaliera aveva peraltro rilevato, a supporto della propria tesi, che l'Ufficio di gabinetto del Ministero della salute, con nota del 29 marzo 2022, aveva affermato che, «*per i soggetti mai vaccinati che hanno contratto l'infezione [da SARS-CoV-2 documentata da un test diagnostico positivo], è indicata la vaccinazione, a partire da tre mesi (90 giorni) dalla data del test diagnostico positivo*»; e, ancora, che «*il professionista sanitario deve essere considerato inadempiente all'obbligo vaccinale qualora non effettui la dose in questione alla prima data utile (90 giorni) indicata nelle circolari menzionate*». Nel ricostruire i contorni della vicenda, vi è stato chi ha ipotizzato che la scelta del Governo di modificare l'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021 disponendo la cessazione temporanea della sospensione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario non vaccinati, ammalatisi e poi guariti, sino alla scadenza del termine di differimento della vaccinazione indicato in circolari del Ministero della salute e non in un atto di altro tipo, «*sia legata al banale dato fattuale che circolari del Ministero della salute erano già intervenute a dare indicazioni proprio su come trattare i soggetti infettati dal virus*» (S. LEONE, *La salute degli altri*, op. cit., p. 131). Mentre non si può escludere che il pensiero degli autori della disposizione in esame possa essere stato questo, è tuttavia dubbio che la medesima fosse idonea a dare copertura legislativa retroattiva alle anzidette circolari, in mancanza di una espressa indicazione in tal senso. Il rilievo ora fatto non è senza conseguenze pratiche: se si condivide la premessa formulata dinanzi, si deve concludere che, a fronte di una decisione di rigetto delle questioni di costituzionalità sollevate, quale è stata quella infine pronunciata dalla Corte costituzionale nel caso in esame, l'assenza di circolari adottate successivamente all'entrata in vigore dell'articolo 4, commi 1 e 5, del decreto

aveva giustificato i dubbi di costituzionalità in considerazione delle indicazioni tratte dalla giurisprudenza della Corte costituzionale riguardante – salvo che in un caso¹¹ – le riserve di legge istituite a garanzia di diritti fondamentali, consolidata, a suo avviso, in termini tali da dover escludere la legittimità costituzionale delle disposizioni censurate, le quali avrebbero previsto una «delega in bianco» al Ministero della salute.

Le previsioni legislative censurate dal Tribunale di Padova suscitavano interrogativi che toccano temi centrali per il nostro ordinamento costituzionale e quindi di assoluta rilevanza per il vivere comune¹²: da quello riguardante la funzione, il contenuto e la natura della riserva di legge prevista per l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione¹³, a quello relativo ai criteri impiegabili per l'individuazione degli atti eventualmente legittimati a intervenire in una materia coperta da riserva di legge e alla ammissibilità, tra questi, delle circolari (ministeriali, ma non solo)¹⁴, a quello della

legge n. 44/2021 avrebbe dovuto condurre alla seguente alternativa: o escludere in radice la cessazione temporanea della sospensione per mancanza del presupposto della stessa (rappresentato dall'emissione della circolare ministeriale ivi prescritta) oppure ammetterla *sine die* (o, meglio, sino alla data eventualmente indicata in una futura circolare da adottare ai sensi della disposizione legislativa in esame).

¹¹ L'ordinanza di rimessione, con la quale, come si è detto, era stata formalmente sollevata un'eccezione di violazione di riserva "relativa" di legge, ha in tale ottica richiamato anche l'affermazione della Corte costituzionale, formulata nella sentenza n. 115/2011, dell'esistenza di una «*imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto*», con tutte le conseguenze che ciò comporta. Si tratta di un riferimento che, a parere di chi scrive, è fuori luogo, dal momento che riserva "relativa" di legge e principio di legalità (dell'azione amministrativa) sono storicamente e logicamente distinti (così, da ultimo, M. LUCIANI, *Lo Stato di diritto. Una prospettiva di diritto comparato: Italia*, consultabile all'indirizzo: <https://www.europarl.europa.eu/>, p. 97), anche se è vero che nella misura in cui si ammette, come la Corte costituzionale ha ammesso, da un lato, che tra le riserve di legge riconosciute in Costituzione ve ne sono alcune aventi natura "relativa" (connotate dal fatto di consentire, nelle materie da esse coperte, l'adozione di atti amministrativi in funzione non solo strettamente esecutiva, come accade per le riserve "assolute" di legge, ma anche integrativa e attuativa di quanto stabilito dalla fonte primaria, che a tale fine deve predeterminare i principi e i criteri direttivi dell'azione amministrativa), dall'altro lato, che in Costituzione vige un principio generale di legalità da intendersi in senso non già solo "formale" (implicante la necessità che l'atto previsto o ammesso dalla legge sia appositamente disciplinato nella forma, competenza e procedura) ma "sostanziale" (implicante la necessità che l'atto previsto o ammesso dalla legge venga anche predeterminato da quest'ultima nel contenuto, attraverso la predisposizione di principi e criteri), il confine tra le une e l'altro diventa assai «*sottile*» (così M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 46), risolvendosi ultimamente in una questione quantitativa (cfr., in tale senso, A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1969, p. 173, per il quale «*in presenza di una riserva di legge il principio di legalità*», assunto nel suo significato sostanziale, «*si realizza al massimo livello d'intensità*»).

¹² Sebbene si tratti di un dato notissimo, non è inutile ricordare che tutte le norme della Costituzione, ivi inclusa quella che riserva alla legge la prescrizione di trattamenti sanitari obbligatori, hanno un senso in funzione degli individui, ed è precisamente per questo che esse sono sempre state e continuano ad essere oggetto di interesse. Sull'argomento, cfr., se si vuole, le illuminanti e sempre attuali osservazioni che si possono leggere in G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006.

¹³ Ma non anche della riserva istituita dall'articolo 23 della Costituzione, per la ragione esposta *supra* alla precedente nota 6. Va segnalato che nella sentenza oggetto del presente commento la Corte costituzionale ha indirettamente confermato la validità dell'interpretazione ricordata in tale nota, laddove ha dichiarato «*inammissibili, per inconferenza del parametro, le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento all'art. 23 Cost.*», evidenziando che le disposizioni censurate, «*nel dettare una disciplina volta a imporre un trattamento sanitario, trovano il loro specifico riferimento costituzionale nell'art. 32, secondo comma, Cost., sicché è unicamente in relazione a tale parametro costituzionale che deve essere valutata la legittimità della scelta, operata dal legislatore, di non esaurire integralmente detta disciplina, ma di rinviare per taluni aspetti a quanto previsto in circolari ministeriali*» (sentenza n. 171/2023, paragrafo 2 del Considerato in diritto). Per questa ragione, nel proseguo si farà riferimento nel testo unicamente a quest'ultimo parametro costituzionale.

¹⁴ Questo tema non è stato affrontato dal Tribunale di Padova nell'ordinanza di rimessione in esame, il quale ha dato per scontata l'utilizzabilità delle circolari, cui ha riconnesso natura di fonte del diritto sub-legislativa (cfr., *retro*, nota 10); esso è stato comunque incidentalmente affrontato nella sentenza in commento (cfr., *infra*, paragrafo 3).

derogabilità di norme di rango costituzionale da parte dei poteri pubblici in presenza di situazioni di emergenza.

Si tratta di temi assai complessi, sui quali come noto esiste una letteratura giuspubblicistica vastissima e in larga parte risalente nel tempo, nella quale non è inconsueto imbattersi in valutazioni non coincidenti, se non addirittura opposte. Così, ad esempio, la riserva di legge di cui all'articolo 32, comma 2, della Costituzione è stata intesa dagli uni come riserva di legge formale del Parlamento¹⁵, dagli altri come riserva a favore di tutti gli atti aventi forza di legge¹⁶; dagli uni come riserva “assoluta” di legge, dagli altri come riserva “relativa” di legge¹⁷. Parimenti, varie sono state le posizioni espresse con riguardo alla natura delle

¹⁵ In dottrina si è discusso se il termine “legge”, nella definizione delle riserve, escluda le leggi dei Consigli regionali oppure possa includerle. Nel primo senso, cfr. ad esempio, ancorché con specifico riferimento alla riserva stabilita dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione, S.P. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1994, pp. 1-2, per il quale, essendo le vaccinazioni trattamenti sanitari obbligatori, che incidono autoritativamente su di un fondamentale diritto dell'individuo, la riserva non può che essere statale. Nel secondo senso, cfr. ad esempio L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1990, pp. 3-4, secondo la quale la risposta a tale problema deve essere data alla luce del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni fissato in Costituzione e nelle leggi costituzionali statutarie, risolvendosi in realtà il problema stesso in termini di competenza anziché di riserva.

La giurisprudenza della Corte costituzionale riguardante la riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori pare avere accolto soluzioni diversificate a seconda dei singoli oggetti: accanto a decisioni di apertura a leggi regionali nella materia riservata (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 154/1980, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Commissario dello Stato per la Regione siciliana ed aventi ad oggetto la disposizione del disegno di legge approvato dall'Assemblea regionale che autorizzava la iodazione dell'acqua potabile da distribuire nei Comuni siciliani interessati alla epidemia gozzigena, sulla base di un duplice rilievo: da un lato, che l'invocazione a tale fine dell'articolo 32 della Costituzione fosse un «*fuor d'opera perché la riserva di legge così stabilita non esclude in assoluto le leggi regionali, quanto meno delle Regioni differenziate che sono titolari di specifiche funzioni in materia di igiene e sanità pubblica*»; dall'altro lato, che i trattamenti sanitari del tipo in questione riguardavano «*non già la risoluzione e la soddisfazione – sul piano regionale – di problemi ed esigenze aventi dimensioni nazionali, ma la predisposizione di misure destinate ad applicarsi in singoli comuni dell'Isola*») si registrano decisioni che hanno invece negato pressoché qualsiasi titolo di intervento alle leggi regionali (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 5/2018, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Veneto aventi ad oggetto le disposizioni, poste in un decreto legge governativo convertito in legge dal Parlamento, recanti l'obbligo di vaccinazione contro il rischio di malattie infettive per i minori fino a sedici anni. In tale pronuncia la Corte pare essersi spinta a confinare le competenze legislative regionali in materia ad aspetti connessi alla sola organizzazione della fornitura delle misure sanitarie obbligatorie decise dallo Stato, al quale è stata riconosciuta una competenza legislativa esclusiva per i restanti profili: a fronte del riconoscimento dell'esistenza di un intreccio di competenza legislative tanto statali quanto regionali potenzialmente interessate dalla normativa sottoposta al suo esame, la Corte costituzionale non solo ha affermato nella pronuncia in esame che «*[l']introduzione dell'obbligatorietà per alcune vaccinazioni chiama in causa prevalentemente i principi fondamentali in materia di tutela della salute*», [...] attribuiti alla potestà legislativa dello Stato ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.», ma ha anche sostenuto che «*deve essere riservato allo Stato – ai sensi [della predetta disposizione] – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili*»).

¹⁶ Cfr., da ultimo, nel primo senso, A.A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 maggio 2017, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3/2021, pp. 452-453; nel secondo senso, ancorché senza argomentare, M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, p. 92, P. VERONESI, *L'eccezione alla regola: il caso dei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Osservatorio AIC*, 6/2021, p. 230, disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione giustizia*, p. 6, disponibile all'indirizzo: www.questionegiustizia.it, V. DE SANTIS, *Dalla necessità dell'obbligo vaccinale alla realtà del green pass*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2021, p. 3, disponibile all'indirizzo: www.nomos-leattualitandiritto.it.

¹⁷ Per una sintesi critica delle posizioni espresse in dottrina e delle argomentazioni addotte per supportarle cfr., da ultimo, S. LEONE, *La salute degli altri, op cit.*, pp. 95-104.

circolari amministrative¹⁸. Infine, è sufficiente scorrere i contributi offerti nell'arco di tempo successivo alla dichiarazione dello stato di emergenza causato dalla epidemia da SARS-CoV-2, per osservare l'esistenza di giudizi non univoci neppure in merito alla necessità, anche in frangenti eccezionali, di rispettare quanto previsto dalla Costituzione¹⁹.

Considerato quanto appena ricordato, il compito prospettato alla Corte costituzionale dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Padova non appariva affatto facile. Volendo anche concedere, sulla scorta di precedenti pronunce del Giudice delle leggi, che l'articolo 32, comma 2, della Costituzione, nel prevedere che «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», dovesse essere inteso nel senso di non esigere che la relativa disposizione sia fatta necessariamente con una legge del Parlamento, ma possa esserlo anche, come nel caso di specie, con un decreto legge del Governo²⁰; e volendo altresì concedere, ancora una volta in ragione delle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza

¹⁸ Le opinioni espresse sul punto dalla dottrina sono state, nel tempo, svariate. Indicazioni possono essere tratte da M.P. CHITI, *Circolare (circolare amministrativa)*, in *Enc. giur.*, Vol. VI, 1988, nonché da C. TUBERTINI, *Circolari amministrative*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, pp. 858 ss.

¹⁹ In argomento, cfr., ad esempio, G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, il quale, valutata come non conforme a Costituzione la prassi seguita dalle istituzioni italiane nella gestione della fase iniziale di espansione pandemica di SARS-CoV-2, si esprime per la non illegittimità degli atti adottati, affermando che nel caso di specie si sarebbe realizzata una «*autoassunzione di un potere extra ordinem che si legittima per via di necessità*» (ivi, p. III); G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, la quale rileva che la «*sequenza regolatoria fondata sui decreti legge e dpcm*» adottati dal Governo e dal Presidente del Consiglio dei Ministri «*solo formalmente rispetta la gerarchia delle fonti, ma nella sostanza aggredisce l'ordine gerarchico e le riserve perché presenta un tessuto normativo che concentra la prescrittività, non tanto nel decreto legge, quanto nel dpcm, promosso sul campo a fonte monocratica quasi primaria*», per poi concludere che, «*pur in assenza di una clausola emergenziale*» a livello costituzionale, «*il Governo ha trovato un'occasione per creare catene normative fuori del dettato costituzionale*» (ivi, p. 558).

²⁰ Precedentemente alla data in cui era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale ad opera del Tribunale di Padova, la Corte costituzionale aveva invero avuto modo di giudicare su questioni relative a trattamenti sanitari obbligatori disposti con decreto legge (cfr. sentenza n. 5/2018) e con decreto legislativo (cfr. sentenza n. 194/1996). In tali occasioni si era astenuta dal formulare qualsiasi rilievo in ordine al tipo di fonte impiegata a tale fine, così ammettendo, indirettamente, che quella prevista per detti trattamenti non è una riserva a favore della sola legge formale.

L'assenza di motivazioni in ordine all'indirizzo assunto dalla Corte costituzionale non significa che il medesimo ne sia privo: se è vero, com'è vero, che l'origine della riserva di legge è al fondo anche riserva di organo (e precisamente, del Parlamento), è altrettanto vero che tale caratteristica, con l'avvento di regole costituzionali che hanno consentito al Governo l'esercizio della funzione legislativa, sembra essere preservata dalla previsione che l'adozione di atti legislativi governativi con forza di legge è comunque connessa all'intervento parlamentare, preventivo (nel caso di decreti legislativi) o successivo (nel caso di decreti legge).

Cfr., in argomento, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, *op. cit.*, p. 3, la quale peraltro si era espressa criticamente, al pari di altri prima e dopo di lei, sulla dottrina che ha motivato nel modo riferito in ordine alla conformità con l'ordinamento costituzionale repubblicano di atti legislativi governativi in materie riservate. L'Autrice ha infatti evidenziato, da un lato, che l'intervento preventivo rischia di essere puramente formale, considerato che esso, in base all'articolo 76 della Costituzione, «*si riduce alla posizione di principi e criteri direttivi, sovente estremamente generici*», dall'altro lato, che l'intervento successivo previsto dall'articolo 77 della Costituzione, sebbene «*più agevole da legittimare (almeno sotto il profilo della «completezza» dell'intervento parlamentare)*», suscita perplessità di altro ordine, collegate alla circostanza che «*disposizioni gravemente restrittive [di] fondamentali diritti, eventualmente anche incostituzionali, entrano subito in vigore e rimangono applicabili fino alla mancata conversione*».

Quest'ultima, peraltro, potrebbe non intervenire, e ciò sarebbe particolarmente problematico se il decreto legge prescrivere una misura sanitaria obbligatoria avente effetti potenzialmente irreversibili, come nel caso dei vaccini, che venga somministrata già nei sessanta giorni di vigenza dello stesso. Cfr. il rilievo espresso, a tale riguardo, da A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris*, *op. cit.*, p. 453, secondo cui in materia di obbligo vaccinale, «*in ragione della natura della fattispecie*», si avrebbe a che fare con «*una necessaria riserva al procedimento e alla fonte formale, al di là di quanto disposto dalla lettera dell'art. 72/4 Cost.*», e la replica opposta da S. LEONE, *La salute degli altri*, *op. cit.*, pp. 122-123, secondo la quale non si darebbero invece limiti giuridici di alcun genere alla possibilità che una vaccinazione obbligatoria sia imposta mediante decreto legge.

della Corte costituzionale, che la fonte primaria non sia tenuta a prevedere la disciplina compiuta del trattamento sanitario obbligatorio ivi indicato, dovendosi ammettere l'intervento di ulteriori atti normativi in funzione integrativa, come anche l'intervento di atti amministrativi attuativi di quanto normativamente previsto²¹; sarebbe restato comunque da chiarire molto: anzitutto, necessariamente, se l'articolo 4, commi 1 e 5, del decreto legge n. 44/2021 fosse legittimato a delegare all'amministrazione la determinazione degli aspetti della materia ai quali fa riferimento e se fosse legittimato a farlo nel modo in cui lo aveva fatto; in secondo luogo, eventualmente, se fosse legittimato a individuare nella circolare ministeriale l'atto mediante il soggetto delegato avrebbe dovuto provvedere all'integrazione della disciplina del trattamento sanitario obbligatorio; da ultimo, se le soluzioni da dare ai precedenti quesiti dovessero tenere in considerazione lo stato di emergenza vigente in Italia all'epoca in cui era stata dettata la disciplina censurata dal giudice rimettente.

2. Trattamenti sanitari obbligatori e riserva di legge: indicazioni ricavabili dal dibattito costituente e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale anteriore alla sentenza n. 171/2023

Al fine di meglio misurare la portata degli interrogativi sottesi alle questioni sollevate con l'ordinanza di rimessione emessa dal Tribunale di Padova e – quel che più conta – le risposte ad essi date dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 171/2023, non pare inutile ricordare preliminarmente l'ambito assegnato dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione alla competenza esclusiva della legge e la *ratio* di tale assegnazione, avendo cura di identificare tali aspetti prendendo in considerazione, prima ancora degli

²¹ Ragionando in termini analoghi a quanto era stato sostenuto nella giurisprudenza costituzionale sviluppatasi in relazione a disposizioni costituzionali istitutive di riserve di legge diverse da quella dettata all'articolo 32, comma 2, ma pur sempre aventi, al pari di questa, natura "relativa".

Tale qualità era stata invero riconosciuta alla riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori dalla Corte costituzionale già nella sentenza n. 258/1994, con la quale furono dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale delle leggi istitutive di vaccinazioni obbligatorie contro l'epatite virale B, antipolio, antidifterica ed antitetanica che erano state sollevate nelle parti in cui dette leggi non avevano individuato e prescritto in termini normativi, specifici e puntuali, gli accertamenti preventivi idonei a prevedere e a prevenire i possibili rischi di complicanze conseguenti alla vaccinazione.

Nell'occasione, la Corte costituzionale aveva escluso di potersi sostituire al legislatore, osservando, per quel che qui rileva, che *«per la necessità di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico – a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo – che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individuasse con la maggiore precisione possibile le complicanze potenzialmente derivabili dalla vaccinazione, e determinasse se e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità fossero praticabili su un piano di effettiva fattibilità»* (paragrafo 5-bis del Considerato in diritto).

Nessuna specifica valutazione sulle implicazioni discendenti dalla qualificazione della riserva in questione come "relativa" era stata tuttavia espressa nella pronuncia, come neppure lo sarà nella giurisprudenza costituzionale, ad essa successiva, alla quale il Tribunale di Padova aveva guardato o avrebbe potuto guardare. In particolare, alla data di adozione dell'ordinanza di rimessione diretta a contestare la legittimità costituzionale dell'articolo 4, commi 1 e 5, del decreto legge n. 44/2021, non risultava chiaro il grado di precisione richiesto dall'articolo 32 della Costituzione alla fonte primaria in ordine alla individuazione tanto del determinato trattamento sanitario da imporre quanto degli ulteriori elementi della disciplina (quali, ad esempio, i destinatari dell'imposizione, le condizioni e le modalità di somministrazione del trattamento, le conseguenze dell'inadempimento) eventualmente delegabili all'amministrazione.

elementi emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, quelli ricavabili dal processo di formazione di detta disposizione costituzionale²².

A tale proposito, si evidenzia che la lettura dei lavori della Commissione per la Costituzione e poi quelli dell'Assemblea costituente, ancorché non offra indicazioni incontrovertibili sul significato attribuito originariamente alla formula «*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*», tuttavia supporta l'idea che, votandola, i costituenti avessero verosimilmente voluto impedire alle autorità amministrative di introdurre di propria iniziativa obblighi di sottoporsi a pratiche sanitarie, dovendo una simile decisione essere riservata all'organo democraticamente eletto²³; e supporta

²² Com'è stato autorevolmente e giustamente affermato, la peculiarità della costituzione, atto cui «*compete fissare i valori di riferimento di una comunità politica*», «*sollecita*» l'interprete a «*un più robusto ancoraggio alla voluntas dell'autore storico*» rispetto a quello che egli è chiamato a tentare, in ogni caso, in sede di interpretazione della legge. Così M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 441.

²³ Come si può appurare dall'analisi dell'attività svolta dai costituenti (disponibile all'indirizzo: www.camera.it), l'idea di elaborare specifici principi costituzionali in materia di tutela della salute e igiene pubblica fu avanzata tardivamente, solo quando i lavori delle tre Sottocommissioni nelle quali si era suddivisa la Commissione per la Costituzione si erano già conclusi. Nel resoconto stenografico della seduta antimeridiana del 25 gennaio 1947 della Commissione per la Costituzione, si dà atto della richiesta avanzata dall'on.le Ambrosini, per conto del Gruppo medico parlamentare, di inserire nel testo approvando, tra le altre, anche la previsione secondo cui «*Nessun cittadino può essere sottoposto a pratiche sanitarie non autorizzate dalla legge; la quale non potrà mai consentire che le pratiche sanitarie siano esplicate oltre i limiti imposti dal rispetto della personalità umana*».

La Commissione per la Costituzione, su istanza del Presidente, deliberò di rinviare la questione all'esame del Comitato di redazione e in breve quest'ultimo procedette alla formulazione di un articolo da inserire nel progetto di Costituzione, nel quale risultò tuttavia assente qualsiasi riferimento ai principi, dinanzi ricordati, espressi nella proposta formulata dall'on.le Ambrosini. Ciò non fu probabilmente una svista: il Presidente della Commissione, on.le Ruini, nella seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 28 gennaio 1947, avvertì infatti che l'articolo predisposto era stato formulato «*dopo lunga discussione*» e diede atto che il Comitato di redazione aveva respinto un emendamento aggiuntivo, presentato dagli on.li Rossi e Moro, del seguente tenore: «*Nessun trattamento sanitario può essere obbligatorio se non per legge. Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana*».

Non importa in questa sede sapere se questo emendamento riflettesse fedelmente quanto aveva avuto in mente l'on.le Ambrosini quando aveva presentato la sua proposta. È invece interessante osservare che, a differenza del Comitato di redazione, la maggioranza dei componenti della Commissione per la Costituzione si mostrò d'accordo con gli on.li Rossi e Moro, approvando una disposizione, pressoché identica all'emendamento formulato da questi ultimi, secondo la quale «*Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge. Sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana*».

La trascrizione della discussione che ebbe luogo il 28 gennaio 1947 riferisce le ragioni addotte dall'on.le Moro a giustificazione dell'emendamento anzidetto. Si trattava, in primo luogo, di «*affermare che non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie, se non vi sia una disposizione legislativa, impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dalle autorità senza l'intervento della legge*»; in secondo luogo, di porre «*anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana*» come la «*sterilizzazione*».

Contro questa proposta si espressero gli on.li Nobile e Grassi: l'uno, criticando la formulazione come «*troppo restrittiva*», considerato che avrebbero potuto esserci «*casi speciali in cui, per ragioni superiori riguardanti l'interesse stesso della sanità collettiva, la legge possa essere costretta ad imporre determinate pratiche sanitarie che con l'emendamento si vorrebbe escludere in ogni caso*», quali quelle «*atte ad impedire che siano messi al mondo degli infelici destinati con certezza*» a gravi forme di pazzia ereditaria; l'altro, facendo presente, per un verso, che il rinvio alla legge previsto dall'emendamento non avrebbe limitato la libertà del legislatore d'imporre determinate pratiche sanitarie, per altro verso, la inopportunità del riferimento, ritenuto peraltro generico, alle pratiche lesive della dignità umana, dal momento che solo al legislatore sarebbe spettato decidere sulla corrispondenza o meno a giustizia di una pratica sanitaria quale quella della sterilizzazione, citata dall'on.le Moro.

In Assemblea Costituente, gli argomenti già espressi in Commissione per la Costituzione furono in parte ripresi nel corso della discussione avente ad oggetto l'articolo 26, comma 2, del progetto di Costituzione, recante la già ricordata formula che «*Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge. Sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana*».

Nella seduta antimeridiana del 17 aprile 1947, l'obiezione all'inserimento nella futura Costituzione della seconda parte di questa disposizione fu sollevata dall'on.le Giua, la cui dichiarazione di trovare ingiustificata la previsione nella Carta costituzionale del divieto di pratiche sanitarie lesive della dignità umana – da esso intesa come finalizzata a impedire le «*pratiche abortive*» – fu assisa, oltre che sull'opportunità di lasciare al medico la decisione di optare per l'intervento chirurgico per procurare l'aborto,

altresì l'idea che, per i costituenti, la disposizione in esame avrebbe richiesto al legislatore di individuare il tipo di misura sanitaria da imporre, non anche di prevedere necessariamente una disciplina compiuta in ogni suo aspetto sostanziale, organizzativo e tecnico²⁴.

sulla considerazione che *«qualsiasi divieto si faccia per l'applicazione delle scienze è un divieto che si pone al progresso; è un arresto di civiltà»*. A tale intervento replicò l'on.le Corsanego, che precisò come la norma in esame fosse stata proposta pensando *«soprattutto a quelle orrende pratiche di sterilizzazione obbligatoria, che la Germania ha imposto particolarmente agli ebrei»*.

Registrato il dissenso alla previsione di un divieto costituzionale di pratiche sanitarie lesive della dignità umana espresso dagli on.li Spallicci (per il quale sarebbe stato preferibile non lasciare alcuna traccia in Costituzione *«di certe pratiche nefande»*), Cavallotti (secondo cui *«di proibizione dell'aborto e della sterilizzazione»*) si sarebbe dovuta *«occupare la legislazione ordinaria»*) e Orlando (che osservò che *«[p]er la stessa ragione per cui la persona umana è sacra ed inviolabile - e questo che si diceva del Re, lo si deve dire di ognuno - è da ritenersi, anche senza bisogno di alcuna esplicita dichiarazione, che nessuno possa arbitrariamente essere assoggettato ad un trattamento sia pur sanitario, e che siano da vietarsi quelle pratiche sanitarie che ledano la dignità umana»*) nei rispettivi interventi del 21, 22 e 23 aprile 1947, il 24 aprile 1947 l'Assemblea costituente passò all'esame degli emendamenti presentati con riferimento alla disposizione riguardante la tutela della salute e l'igiene pubblica approvata dalla Commissione per la Costituzione.

In tale data furono avanzate alcune proposte di soppressione integrale dell'articolo 26, comma 2, del progetto di Costituzione. L'on.le Sullo (che in seguito ritirerà il suo emendamento e dichiarerà di astenersi dalla votazione) bollò come prive di valore polemico, e dunque inutili, le affermazioni ivi contenute in quanto riguardanti situazioni non verificatesi in Italia nel passato. L'on.le Maffi giustificò la sua proposta sulla base della considerazione che quanto in esso previsto fosse *«non sufficientemente fondato, non sufficientemente studiato, troppo tecnico, materia di legislazione, e affermazione pericolosa»*.

Altri emendamenti furono proposti per modificare i contenuti della disposizione approvata dalla Commissione per la Costituzione, non tanto nella parte riguardante l'istituzione di una riserva di legge per la disposizione di trattamenti sanitari obbligatori, rimasta sostanzialmente inalterata, quanto nella parte recante il divieto di pratiche sanitarie lesive della dignità umana. L'on.le Caronia firmò, insieme ad altri, un emendamento per sostituire l'articolo 26, comma 2, del progetto di Costituzione con una disposizione del seguente tenore: *«Nessun cittadino può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, la quale, però, mai potrà superare i limiti imposti dal rispetto della personalità umana»*. Successivamente, l'on.le Caronia presentò un altro emendamento, in cui, ribadito il principio che *«Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»*, era stato espunto il riferimento al limite rappresentato dalla necessità di rispettare la personalità umana. Ciò per la affermata convinzione della sua inutilità, escludendosi, come disse l'on.le Caronia, *«che possano mai affermarsi nel nostro Paese pratiche che comunque possano ledere la personalità umana, quali la sterilizzazione obbligatoria, l'obbligo della visita prematrimoniale e simili aberrazioni»*. L'on.le Martino giustificò il suo emendamento, diretto anch'esso a sopprimere le parole *«Sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana»*, con l'affermazione che una simile norma avrebbe mancato *«di quel requisito di cristallina chiarezza che da tutti i giuristi è stato in questa Assemblea affermato come una esigenza assoluta delle norme costituzionali»*, non risultando chiaro cosa dovesse intendersi per pratiche sanitarie lesive della personalità umana. In sede di votazione, intervenuta lo stesso 24 aprile 1947, l'Assemblea costituente approvò dapprima la prima parte del secondo emendamento formulato dall'on.le Caronia, recante la previsione che *«Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»*, considerata dal proponente una *«formulazione [...] più precisa di quella della Commissione»*; successivamente, approvò altresì l'emendamento proposto dall'on.le Leone, nel frattempo condiviso dalla Commissione, volto a inserire nella seconda parte della disposizione in esame l'affermazione *«la quale però non può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»*.

Nel testo del progetto di Costituzione trasmesso dal Comitato di redazione all'Assemblea costituente il 20 dicembre 1947 e da questa approvato due giorni dopo, la formula approvata dall'Assemblea costituente il 24 aprile 1947 fu sostituita, senza che di ciò sia stata data motivazione, da quella infine consacrata all'articolo 32, comma 2, della Costituzione, per il quale *«Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»*.

²⁴ Si segnala che in un recente, approfondito studio sui trattamenti sanitari obbligatori è stato osservato che i lavori preparatori dell'articolo 32, comma 2, della Costituzione, mentre attestano la volontà di impegnare *«il Parlamento a farsi carico della responsabilità di decidere quale trattamento medico si rendesse a tal punto necessario somministrare da giustificare una compressione dell'autodeterminazione di ciascuno in campo sanitario»*, invece *«non aiutano a chiarire, in particolare, se il carattere della “determinatezza” imposto alla disciplina legislativa riguardasse per i Costituenti solo l'identificazione del trattamento obbligatorio o anche la restante parte della materia (destinatari, condizioni, procedure, sanzioni)»* (S. LEONE, *La salute degli altri*, op. cit., p. 95).

Il rilievo è certamente corretto, dal momento che le discussioni svoltesi in sede costituente non toccarono l'argomento del possibile spazio di intervento dell'amministrazione in materia di trattamenti sanitari obbligatori, una volta che la decisione di prevederli fosse stata presa in sede legislativa. In assenza di evidenze contrarie, pare tuttavia ragionevole pensare che il silenzio dei costituenti possa essere inteso nel senso che, con la disposizione in esame, essi non avessero voluto apportare alcuna significativa innovazione alla prassi seguita in sede di regolazione dei trattamenti sanitari obbligatori nei decenni precedenti l'approvazione della Costituzione repubblicana. Ebbene, l'analisi di alcune leggi che hanno reso obbligatorie le profilassi vaccinali in Italia durante il periodo prerепubblicano, mostra che l'identificazione del tipo trattamento sanitario da imporre

obbligatoriamente veniva presa dal Parlamento e formalizzata nella legge, mentre la restante parte della disciplina veniva demandata (in misura più o meno ampia, a seconda dei casi) a fonti normative secondarie, le quali talvolta esprimevano esse stesse scelte – fondate su valutazioni anche di natura tecnica – relative alla profilassi da adottare, talaltra le rinviavano all'amministrazione sanitaria.

Un primo esempio di quanto si è detto è rappresentato dalla legge n. 5849/1888 e dagli atti che la attuarono. La legge recava al Titolo IV Capo II la disciplina delle “*Misure contro la diffusione delle malattie infettive dell'uomo e degli animali*”, nell'ambito della quale era stato previsto, per quel che qui rileva, che «*La vaccinazione è obbligatoria e sarà regolata da apposito regolamento approvato dal ministro dell'interno, sentito il parere del Consiglio superiore di sanità*» (articolo 51). Detta previsione fu attuata con un decreto ministeriale del 18 giugno 1891 (che chi scrive non è stato in grado di reperire), sostituito successivamente dal decreto ministeriale 29 marzo 1892, n. 329. Quest'ultimo, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale ed inserito nella Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, disciplinava nella sua prima parte la conservazione del vaccino, identificando le autorità preposte ad esercitare e finanziare tale funzione, i soggetti legittimati a riceverlo in vista della sua successiva somministrazione, e nella sua seconda parte la vaccinazione obbligatoria. A tale riguardo, il decreto ministeriale identificava l'autorità cui spettava provvedere alla vaccinazione obbligatoria e curare l'obbligatorietà della pratica fosse da tutti rispettata (individuandola nella autorità comunale, cfr. articolo 10); rinviava ad ulteriori atti la determinazione delle norme da osservarsi per l'adempimento dell'articolo 51 della legge (e più precisamente, ai regolamenti locali di igiene, cfr. articolo 11); individuava i soggetti obbligati e quelli dispensati dall'obbligo, prevedendo che alla vaccinazione fossero sottoposti primariamente i neonati entro il semestre solare successivo a quello in cui avvenne la nascita, ad eccezione di quelli che avessero nel frattempo sofferto il vaiolo e quelli che da certificato medico fossero in condizioni speciali di malattia da non poter subire senza pericolo tale operazione entro detto periodo d'età (cfr. articolo 12), che questi ultimi venissero assoggettati alla vaccinazione entro il secondo anno di vita, fermo restando che sarebbe spettato al medico valutare, previo esame dei bambini in questione, se somministrare la vaccinazione in caso di dubbio sul pericolo per gli stessi (cfr. articolo 13); disponeva che i bambini vaccinati la prima volta senza risultato favorevole fossero vaccinati altra volta almeno nell'anno successivo (cfr. articolo 14) e che, all'infuori del periodo di età accennato, la vaccinazione dovesse ripetersi nello stesso individuo ogni qualvolta per condizioni speciali di pericolo di diffusione del vaiolo, fosse ritenuto necessario dalle autorità sanitarie (cfr. articolo 15); vietava l'ammissione in ambito scolastico e lavorativo per chiunque non avesse presentato, dopo il compimento dell'undicesimo anno di età, un certificato di avvenuta vaccinazione in data non anteriore all'ottavo anno di età, imponendo a chiunque fosse a capo di una comunità di persone di rispettare detta prescrizione e osservare l'obbligo di una nuova vaccinazione fra il decimo e l'undicesimo anno d'età dei soggetti sotto la loro direzione (cfr. articolo 16); prevedeva l'istituzione in ogni Comune di almeno due sessioni ordinarie di vaccinazioni pubbliche gratuite, una per ciascun semestre solare, e di tante sessioni straordinarie quanto si ritenesse opportuno per la più esatta esecuzione della legge o per il pericolo di diffusione della malattia (articolo 17); stabiliva che la vaccinazione fosse gratuita e che le spese occorrenti per provvedervi fossero sostenute da ogni Comune (articolo 18); prescriveva ai vaccinati di presentarsi fra il settimo e il decimo giorno dalla vaccinazione al medico vaccinatore, e a quest'ultimo di dare notizia della vaccinazione e del suo esito all'ufficio sanitario comunale (articolo 19); attribuiva all'ufficiale sanitario comunale compiti di vigilanza, di informazione al sindaco (articolo 20) e al prefetto (articolo 21), di rilascio gratuito degli attestati di subita vaccinazione (articolo 21).

Un altro esempio, solo parzialmente confermativo dello schema sopra descritto, è rappresentato dalla legge 6 giugno 1939, n. 891, avente ad oggetto la «*Obbligatorietà della vaccinazione difterica*». Per vero, questa legge non si limitava a stabilire l'obbligatorietà della vaccinazione in questione, ma indicava anche la classe dei soggetti sottoposti all'obbligo, individuandoli nei bambini dal secondo al decimo anno di età, e prevedeva che, di regola, la vaccinazione fosse eseguita unitamente a quella antivaiolesca e nel secondo anno di età (articolo 1). Ciò detto, la legge attribuiva alla Provincia la funzione di provvedere, secondo le proposte del medico provinciale, alla fornitura, conservazione e spedizione del vaccino e alla istituzione dei servizi di vaccinazione gratuita nei Comuni, disciplinando il riparto degli oneri finanziari tra detti enti (articolo 2), ma soprattutto autorizzava il Ministero dell'interno «*ad emanare le norme circa la qualità del vaccino da impiegare, le modalità per l'esecuzione della vaccinazione e quelle concernenti la organizzazione dei servizi relativi*» (ivi, comma 4). Infine, prevedeva che fosse prescritto il certificato di avvenuta vaccinazione per l'ammissione alle scuole primarie e ad altre collettività infantile di qualsiasi specie (articolo 3), anche per coloro che stessero frequentando le scuole alla data di pubblicazione della legge (articolo 4). La legge fu attuata per mezzo del decreto del Duce del fascismo, capo del Governo, del 7 marzo 1940, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale. Tale provvedimento, ribadito che la vaccinazione antidifterica doveva di norma associarsi a quella antivaiolesca (articolo 1), stabiliva che in ogni Comune fossero indette due sessioni ordinarie gratuite di vaccinazioni pubbliche, rispettivamente in primavera e in autunno, e tante sessioni straordinarie tutte le volte che l'autorità sanitaria l'avesse ritenuto necessario (articolo 2). Esso indicava altresì le caratteristiche del vaccino antidifterico da inoculare (doveva trattarsi di anatossina difterica contenente almeno 25 U.A. per cc., ed essere preparata da non oltre tre anni), le condizioni per la sua produzione e immissione in commercio, le informazioni da apporre sui recipienti contenenti il vaccino (articolo 3), stabiliva le modalità della sua conservazione da parte delle istituzioni gravate dell'onere di acquistarlo (articolo 4), prescriveva come dovesse avvenire l'inoculazione nella popolazione adulta e in quella infantile, indicando che nel primo caso avrebbero dovuto essere praticate due iniezioni ipodermiche, rispettivamente in 1 e 2 cc., a distanza di 15-21 giorni una dall'altra, prevedendo però anche che, per eventuali esigenze profilattiche, a giudizio dell'autorità sanitaria provinciale, avrebbe potuto eseguirsi una terza iniezione di 2 cc. dello stesso tipo di anatossina e a distanza di sei mesi o un anno dalla seconda, mentre nel caso della popolazione infantile, la vaccinazione avrebbe potuto eseguirsi a

La giurisprudenza costituzionale che si è successivamente occupata della disposizione in esame, non ha messo in discussione questi approdi²⁵; anzi, proprio alcuni mesi prima della decisione oggetto del presente commento parrebbe averli confermati.

Viene in rilievo a questo proposito la sentenza n. 25/2023, nella quale la Corte costituzionale, per la prima volta dalla sua istituzione, si è soffermata diffusamente sulla natura “relativa” della riserva di legge istituita dall’articolo 32, comma 2, della Costituzione, oltre che sul significato spettante, nell’ambito di tale disposizione, all’aggettivo «*determinato*» che accompagna la locuzione «*trattamento sanitario*»²⁶.

mezzo della inalazione del vaccino, secondo le modalità da stabilirsi dal Ministero dell’interno (articolo 5), fermo restando in ogni caso l’esenzione dalla vaccinazione per i bambini affetti da specifiche patologie che venisse disposta dall’ufficiale sanitario (articolo 6). Il decreto in esame dettava poi disposizioni riguardanti i luoghi deputati alla vaccinazione (articolo 7) e i medici legittimati alla somministrazione della stessa (articolo 8), indicando gli adempimenti ai quali erano tenuti i soggetti coinvolti a vario titolo nell’organizzazione dell’erogazione della prestazione (articoli 8 e 9). Infine, indicava le classi di bambini assoggettati alla vaccinazione in sede di prima applicazione della legge, stabilendo che la progressiva applicazione della vaccinazione ad altre classi di bambini sarebbe stata determinata dal ministero dell’interno, restando però sempre in facoltà della autorità sanitarie locali di disporre la pronta osservanza per ragioni di profilassi (articolo 10). Basandosi sugli elementi ricavabili da questi precedenti, si può formulare l’ipotesi, certamente bisognosa di essere verificata in futuro in studi più approfonditi, che i costituenti, istituendo la riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori, avessero voluto dare continuità all’esperienza prerepubblicana, mantenendo dunque in capo al Parlamento, in via esclusiva, la responsabilità di imporre un determinato tipo di misura sanitaria e lasciandolo invece libero di scegliere se dettarne direttamente la disciplina ovvero se delegare tale compito, parzialmente o integralmente, all’amministrazione. Per una prima valutazione delle implicazioni sulla portata della riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori che deriverebbero dalla conferma dell’ipotesi appena formulata, solo in parte coincidenti con quelle ricavate fino ad oggi dalla Corte costituzionale dall’articolo 32, comma 2, della Costituzione, si rinvia al successivo paragrafo 3.

²⁵ A quanto consta, la giurisprudenza costituzionale che prima della recente pandemia ha preso in considerazione l’articolo 32, comma 2, della Costituzione, non si era in realtà occupata dei profili trattati nel testo. La Corte costituzionale aveva invece avuto modo di soffermarsi sulle condizioni alle quali l’imposizione di un determinato trattamento sanitario può essere ritenuto compatibile con il diritto alla salute dell’individuo che soggiace al relativo obbligo – richiedendo a tale riguardo, in primo luogo, che tale trattamento, per usare le parole impiegate nella prima di una serie di pronunce avutesi sul tema, «*sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dello stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili*», in terzo luogo, che, nella «*ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica*», gli sia «*comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito*» (Corte costituzionale, sentenza n. 307/1990, paragrafo 2 del Considerato in diritto) – nonché intrinsecamente non irragionevole – richiedendo a tale riguardo che la discrezionalità spettante in materia al legislatore sia esercitata, a livello primario ed eventualmente a livello secondario integrativo, «*alla luce delle conoscenze mediche*» (Corte costituzionale, sentenza n. 258/1994, paragrafo 6 del Considerato in diritto. Anche con riferimento al profilo in esame, questa affermazione troverà conferma nella giurisprudenza costituzionale successiva).

²⁶ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 25/2023, per mezzo della quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’articolo 206-bis, comma 1, del decreto legislativo n. 66/2010, nella parte in cui autorizzava la sanità militare a imporre al personale militare la somministrazione di profilassi vaccinali, senza che esse fossero previamente individuate in via legislativa. La ricerca svolta sulla giurisprudenza costituzionale precedente alla pronuncia dinanzi ricordata ha evidenziato due risultati: in primo luogo, non risultano presenti decisioni nelle quali la Corte costituzionale abbia dovuto valutare i limiti derivanti al potere normativo secondario e al potere amministrativo dalla riserva di legge istituita dalla Costituzione in materia di trattamenti sanitari obbligatori e qualificata nella giurisprudenza costituzionale, senza spiegazioni, come «*relativa*» (sentenza n. 258/1994, paragrafo 5 bis del Considerato in diritto); in secondo luogo, nel solo altro caso in cui è stato preso in considerazione il riferimento al carattere «*determinato*» del trattamento sanitario obbligatorio espresso nell’articolo 32, comma 2, della Costituzione, la Corte costituzionale, dopo aver sottolineato che la ricordata disposizione esige appunto che il trattamento in questione sia «*determinato*», si era limitata ad affermare che lo stesso debba essere «*dunque descritto e disciplinato dalla legge*» (sentenza n. 22/2022, paragrafo 5.3.1 del Considerato in diritto).

Quanto al primo aspetto, è degno di nota che la Corte costituzionale non si è limitata in tale pronuncia a confermare, in linea con i propri precedenti, che la riserva di legge riguarderebbe l'intera materia dei trattamenti sanitari obbligatori²⁷ e a ribadire la natura "relativa" della stessa²⁸, ma ha fornito anche una motivazione a supporto di tale qualificazione, ricavandola, per così dire in controluce, dall'analisi di sue precedenti decisioni riguardanti i trattamenti sanitari configurati dalla legge come eventualmente somministrabili con l'uso della forza e definiti, per questa ragione, coattivi²⁹. Mentre per questi ultimi – si legge nella sentenza n. 25/2023 – «*valgono le ulteriori e più intense garanzie previste per le restrizioni alla libertà personale, tra le quali è annoverata l'osservanza di una riserva di legge assoluta*»³⁰, tanto che, con riferimento alla disciplina per l'assegnazione nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, è stata affermata, sulla scorta dell'articolo 13 della Costituzione, la «*necessità che la legge preveda anche i "modi", oltre che i "casi", in cui un simile trattamento [...] può essere eseguito contro la volontà del paziente*», per i trattamenti sanitari obbligatori tali garanzie non operano, cosicché può dirsi che essi «*trovano nella riserva relativa di cui all'art. 32 Cost. il proprio fondamento e i propri limiti*»³¹. E ad avviso della Corte costituzionale, proprio «*alla luce di tale confronto tra trattamenti coercibili e obbligatori, emerge che*» la disposizione citata «*non fa ricadere sul legislatore l'obbligo di introdurre una disciplina in tutto compiuta, e che per taluni profili è consentito l'intervento di ulteriori atti normativi in funzione integrativa*».

Fatta questa premessa, la Corte costituzionale ha successivamente confermato, anche nei confronti della riserva "relativa" istituita in materia di trattamenti sanitari obbligatori, le implicazioni che, secondo la sua giurisprudenza³², derivano dalla vigenza di una riserva di legge di questo tipo: da un lato, ha rilevato che «*[l]n'attività regolatoria secondaria è dunque legittima, con riferimento ad aspetti della materia che richiedono «determinazioni [...] tali da dover essere conformate a circostanze e possibilità materiali varie e variabili, e quindi non*

²⁷ Nella sentenza in esame, così come in quelle precedenti, la Corte costituzionale non ha ritenuto opportuno chiarire e giustificare i motivi in base ai quali ha delineato nel senso detto la materia oggetto della riserva. L'assenza di sforzi interpretativi al riguardo desta meraviglia, dal momento che la disposizione letteralmente non riserva alla legge la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori, cosicché essa avrebbe ben potuto essere intesa in un senso diverso, più limitato rispetto a quello accolto nella giurisprudenza costituzionale, cioè volto a riservare alla legge la sola istituzione dell'obbligo a sottoporsi a un determinato trattamento sanitario, la cui disciplina avrebbe potuto quindi essere considerata estranea alla portata dell'articolo 32, comma 2, della Costituzione. Sull'argomento si rinvia al successivo paragrafo 3.

²⁸ Cfr., *retro*, nota 21.

²⁹ La necessità di distinguere la disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari obbligatori rispetto a quelli coercitivi, applicandosi a questi ultimi, ma non ai primi, anche le garanzie previste dall'articolo 13 della Costituzione, era stata teorizzata dalla dottrina da tempo. Cfr., ad esempio, S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Giuffrè, Milano, 1982, 2, pp. 145 ss.

³⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 25/2023, paragrafo 7.1 del Considerato in diritto, dal quale sono tratte anche le successive citazioni riportate nel testo, salva diversa indicazione.

³¹ Per una sintesi delle differenti posizioni espresse dalla dottrina in merito alla relazione tra gli articoli 13 e 32, comma 2, Cost., cfr. A. SIMONCINI – E. LONGO, *Art. 32 (commento a)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet Giuridica, Torino, 2006, pp. 667-668.

³² Ma forse non secondo le intenzioni di coloro che discussero e votarono in Assemblea costituente l'introduzione della riserva infine posta nell'articolo 32, comma 2, della Costituzione. Cfr., in proposito, quanto si è segnalato *retro*, alle note 23-24 e quanto si dirà in seguito, al paragrafo 3.

facilmente regolabili in concreto secondo generali e stabili previsioni legislative» (sentenza n. 383 del 1998, con riferimento all'art. 33 Cost.). Così come è consentito all'amministrazione adottare atti chiamati a specificare e concretizzare il complesso dei precetti normativi»; dall'altro lato, ha sottolineato che «il carattere relativo di una riserva «non relega [...] la legge sullo sfondo»: quest'ultima non può ridursi ad una prescrizione normativa «in bianco», senza che risultino definiti contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini (sentenza n. 5 del 2021, che richiama la sentenza n. 115 del 2011)».

Si tratta di argomenti non nuovi, la cui ripetizione ad opera della Corte costituzionale non ha purtroppo il merito di renderli meno sfuggenti, e ciò a dispetto dei numerosi tentativi posti in essere nel tempo dalla dottrina per ricavare da essi criteri idonei a tracciare, in via preventiva, una linea di confine tra una disposizione legislativa conforme con la riserva “relativa” di legge avente le caratteristiche anzidette e una disposizione legislativa lesiva della stessa³³.

Senonché, alcuni passaggi della motivazione della sentenza n. 25/2023, collocati appena dopo quelli dinanzi citati, sembrano avere delineato una prospettiva nuova – perlomeno quando venga in rilievo la riserva di legge istituita dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione in materia di trattamenti sanitari obbligatori – dalla quale considerare il problema della identificazione previa di ciò che deve essere disciplinato da una fonte primaria, e ciò che può invece essere delegato all'amministrazione.

Abbandonando il livello generale di argomentazione sul quale si era sin lì attestata, la Corte costituzionale ha infatti osservato che nella materia in esame *«l'esigenza che risultino circoscritti contenuti e modi dell'intervento normativo sub-legislativo e dell'azione amministrativa è presidiata dalla Costituzione con particolare intensità. Infatti, l'art. 32, secondo comma, Cost. stabilisce testualmente che a poter essere imposto «per disposizione legislativa» è «un determinato trattamento sanitario»³⁴. Dopo avere ricordato che, nell'intendimento del promotore dell'emendamento al testo approvato dalla Commissione per la Costituzione, dall'introduzione del termine «determinato» nella struttura della disposizione sarebbe derivata una formulazione «più precisa», la Corte costituzionale ha affermato che la «determinazione del trattamento non è scelta delegabile a fonti sub-legislative, trattandosi della individuazione stessa della misura sanitaria che si intende imporre, e dunque di un contenuto normativo essenziale della disciplina»³⁵.*

³³ Cfr., in argomento, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, op. cit., p. 5.

³⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 25/2023, paragrafo 7.2 del Considerato in diritto, dal quale sono tratte anche le successive citazioni riportate nel testo, salva diversa indicazione.

³⁵ È noto che la distinzione fra riserva “assoluta” e “relativa” è stata congegnata per diversificare il grado di intensità del vincolo gravante sul legislatore: mentre nel caso di riserva “assoluta” al legislatore incomberebbe l'obbligo di disciplinare in modo diretto la materia, potendo lasciare a fonti subordinate solo l'emanazione di disposizioni di dettaglio necessarie all'esecuzione, nel caso di riserva “relativa” sarebbe consentito il deferimento di una parte della disciplina normativa a fonti diverse da quelle aventi forza di legge. Nel passaggio della sentenza in esame citato, la Corte costituzionale ha confermato quanto era stato colto dalla dottrina che aveva riflettuto sulla distinzione anzidetta, e cioè che anche quando ci si trova di fronte a una riserva “relativa”, esiste una parte della disciplina che in nessun caso può essere delegato, tanto che limitatamente a tale parte dovrebbe forse dirsi che la riserva è, a ben vedere, “assoluta”. In questi termini, cfr. A. DI GIOVINE, *Introduzione*

Non solo; la Corte costituzionale ha altresì chiarito, in ordine al grado di precisione richiesto al legislatore in sede di “determinazione” del trattamento sanitario obbligatorio rappresentato dalla profilassi vaccinale, che la fonte primaria stessa, per essere conforme alla riserva vigente in materia, deve indicare la malattia che la profilassi mira a prevenire. Invero, per usare le parole impiegate nella sentenza in esame, *«la previsione di un obbligo di profilassi vaccinale che non specifichi per quale scopo (ovvero per prevenire l’infezione da quale malattia) la somministrazione è pretesa non può che rendere “indeterminato” il trattamento sanitario imposto, e dunque vanificato quel carattere di precisione che la stessa Assemblea costituente ha inteso imprimere nella riserva di legge ex art. 32 Cost.»*.

D’altra parte, ha scritto ancora la Corte costituzionale, *«[è] anzitutto attraverso l’indicazione, così intesa, dello specifico vaccino, a realizzarsi, ad opera del legislatore, il bilanciamento, presupposto dall’art. 32, secondo comma, Cost., tra libera determinazione individuale e tutela della salute collettiva: decidere da quale specifica patologia» – rectius, malattia – «si intenda difendere la collettività ricorrendo a questo trattamento è il primo, indispensabile passaggio nell’ambito del percorso che il legislatore compie, assumendosene la responsabilità, verso l’obbligo vaccinale, e garantisce altresì la necessaria conoscibilità del trattamento imposto»³⁶.*

Dalla lettura della sentenza n. 25/2023 emerge dunque che la riserva di legge prevista dalla Costituzione in materia di trattamenti sanitari obbligatori esige che sia la fonte primaria a istituire l’obbligo (e *«le conseguenze che si intendono far derivare dalla sua violazione»³⁷*) e ad identificare, per il caso in cui il trattamento imposto sia la profilassi vaccinale, il tipo di vaccinazione imposta, facendo riferimento a tale fine alla malattia che la vaccinazione è indirizzata a prevenire o contrastare³⁸; non sembra esigere, invece, anche che la medesima fonte “determini” gli altri profili connessi alla profilassi vaccinale così specificata, che dunque ben potrebbero essere delegati.

allo studio della riserva di legge, op. cit., pp. 108-109, secondo cui «a voler usare la terminologia tradizionale, la riserva è sempre assoluta per quel che riguarda la parte concernente l’indirizzo politico, e può essere relativa per il resto della disciplina».

³⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 25/2023, paragrafo 7.3 del Considerato in diritto.

³⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 25/2023, paragrafo 5.1 del Considerato in diritto.

³⁸ La sentenza in esame è stata criticata all’indomani della sua pubblicazione da parte di chi – G. BARCELLONA, *Vaccini e riserva di legge (brevi riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 25 del 2023)*, in *Consulta online*, 3/2023, pp. 865 e ss., disponibile all’indirizzo: www.giurcost.org – ha colto nella motivazione *«un equivoco, che attiene al contenuto essenziale della riserva prevista all’art. 32, comma 2, Cost., e più precisamente all’oggetto della decisione rimessa all’esclusiva competenza del legislatore democratico»* (ivi, p. 867). L’Autrice dinanzi citata sottolinea a tale proposito che, *«[n]ella prospettiva della Corte, “l’esigenza costituzionale della determinazione” sarebbe soddisfatta solo quando il nomen del trattamento sanitario imposto fosse individuato dalla fonte primaria; diversamente una tale esigenza verrebbe elusa, conferendo all’autorità amministrativa il potere di invadere ambiti dai quali la Costituzione aveva, invece, voluto estrometterla»*; per poi chiosare che *«[q]iò che il giudice costituzionale non sembra adeguatamente considerare, però, è che la “specificazione” del vaccino, in sé, non può mai essere l’oggetto di una scelta discrezionale della politica»* (ivi, p. 867). Ad avviso di chi scrive, ma non solo (cfr. S. LEONE, *La salute degli altri, op. cit.*, p. 36, nota 36), questa critica è fondata su un errato intendimento di ciò che è stato scritto dalla Corte costituzionale: quest’ultima non ha infatti affermato che la riserva di legge in materia istituita dall’articolo 32, comma 2, della Costituzione esige che la fonte primaria individui specificamente, tra i vaccini autorizzati dalle competenti autorità regolatorie ad essere impiegati per prevenire una determinata malattia (o comunque attenuarne gli effetti), quelli da somministrare ai soggetti destinatari dell’obbligo; piuttosto, ha affermato, come si è già riferito, che detta riserva impone alla fonte primaria di non limitarsi alla indicazione del generico tipo di trattamento imposto – una profilassi vaccinale – accompagnato dalla previsione di criteri che orientano l’amministrazione nella selezione dei vaccini che dovranno essere effettivamente somministrati obbligatoriamente, ma di individuare il tipo di vaccino obbligatorio facendo diretto riferimento alla malattia che esso intende contrastare.

Secondo la Corte costituzionale, la riserva di cui all'articolo 32, comma 2, della Costituzione consente infatti al legislatore di «*modulare il proprio intervento normativo tenendo conto della sussistenza di particolari esigenze di flessibilità connesse allo specifico contesto nel quale l'obbligo vaccinale è introdotto*»³⁹. Tali esigenze, ha sostenuto la Corte costituzionale con valutazione che, pur essendo stata formulata avendo riguardo il particolare caso portato al suo esame, potrebbe ben prestarsi ad essere generalizzata, inducono a ritenere soddisfatta l'esigenza di determinazione del trattamento «*nella forma dell'elenco dei vaccini*» da somministrare obbligatoriamente, potendosi quanto al resto ammettere «*sia l'intervento di atti normativi subordinati che, entro la cornice dell'elenco fissato in legge, specifichino – in base a criteri a loro volta legislativamente previsti – i parametri da osservarsi per selezionare i vaccini a seconda delle diverse condizioni di impiego; sia l'intervento puntuale dell'amministrazione, che, in base a questo quadro normativo, stabilisca concretamente, di volta in volta, quale profilassi imponesse*»⁴⁰.

Ora, muovendo dalla prospettiva di quanto emerso dall'esame dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente e della motivazione della sentenza n. 25/2023, intervenuta – è bene ricordarlo – solo successivamente all'emissione dell'ordinanza che aveva sollevato le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 1 e 5, del decreto legge n. 44/2021, si poteva supporre, ancora prima della pubblicazione della sentenza n. 171/2013, quale risposta avrebbe potuto ricevere almeno uno degli interrogativi sottesi a tale ordinanza.

Più precisamente, era plausibile ipotizzare che la Corte costituzionale non avrebbe ravvisato una violazione della riserva “relativa” di legge configurata dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione ad opera del legislatore, per non avere questi disciplinato direttamente quanto aveva deciso di delegare. Ed invero, era verosimilmente da escludere, sulla base del tenore letterale delle disposizioni in esame e delle altre dettate all'articolo 1, che la delega prevista dalla fonte primaria a favore del Ministero della salute riguardasse quello che la Corte stessa aveva definito essere parte del contenuto normativo essenziale della disciplina.

A ben vedere, con il decreto legge n. 44/2021 non era stata delegata né la scelta di istituire l'obbligo vaccinale (tale scelta era stata compiuta dal decreto legge stesso, il quale peraltro, oltre ad avere specificato

³⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 25/2023, paragrafo 8 del Considerato in diritto, dal quale sono tratte anche le successive citazioni riportate nel testo, salva diversa indicazione.

⁴⁰ In dottrina è stato rimarcato che l'espedito tecnico descritto nel passaggio citato è stato suggerito dalla Corte costituzionale facendo specifico riferimento al caso della profilassi destinata al personale militare, per avvalorare la conclusione che, diversamente da quanto invece si è prospettato, esso non sarebbe impiegabile al di fuori di quel caso. Cfr. F.G. PIZZETTI, *La riserva di legge per gli obblighi vaccinali: il caso dei militari*, in B. LIBERALI, C. PADULA (a cura di), *Gli obblighi di vaccinazione davanti alla Corte costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 80; analogamente, S. LEONE, *La salute degli altri*, op. cit., pp. 110-112, sia pure in forma dubbiosa. Si fatica tuttavia a comprendere le ragioni, di ordine costituzionale, che sarebbero di ostacolo a estendere il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale nella decisione in esame anche in settori diversi da quello militare: se ciò che l'articolo 32, comma 2, della Costituzione ha riservato al legislatore è l'individuazione di un determinato tipo di trattamento sanitario da rendere obbligatorio, allora pare logico affermare che, ad eccezione di ciò, sugli altri profili detta disposizione ammetta sempre la delega a favore dell'amministrazione.

i soggetti che ne erano destinatari, aveva disciplinato la procedura da seguire per accertare l'adempimento dell'obbligo⁴¹ e le conseguenze nel caso di sua violazione⁴², nonché i casi in cui era ammesso derogarvi⁴³ e quelli in cui l'obbligo era differito) né l'individuazione dello specifico tipo di trattamento da rendere obbligatorio (essendo stato questo indicato, dal decreto legge stesso, nella «vaccinazione» *«per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2»*).

Al Ministero della salute, come già descritto, era stato invece demandato di prevedere le indicazioni e i termini da rispettare in sede di somministrazione della vaccinazione nell'ipotesi in cui il soggetto obbligato avesse dovuto avviare il ciclo primario e in quella in cui avesse dovuto sottoporsi alla dose di richiamo, oltre che l'indicazione del termine di differimento della vaccinazione nell'ipotesi, prevista sempre dal decreto legge stesso, in cui il soggetto obbligato, sospeso dall'esercizio dell'attività perché non vaccinato, si fosse nel frattempo ammalato, fosse guarito dal COVID-19 e poi fosse stato riammesso al lavoro.

Si trattava di aspetti della disciplina del trattamento sanitario obbligatorio, implicanti valutazioni da rendere previo confronto con le risultanze tecnico scientifiche, che erano certamente delegabili e che, anzi, forse opportunamente non erano stati regolati direttamente dal decreto legge, così evitando il rischio che il sistema giuridico, per via della complessità dei procedimenti prescritti per modificare quanto contenuto in fonti primarie, potesse non recepire in tempi ragionevoli, pur essendovi la volontà politica di farlo⁴⁴, le acquisizioni, sempre in evoluzione, della scienza medica.

Risultava invece incerto se la delega prevista dal decreto legge n. 44/2021 fosse stata configurata in termini coerenti con l'insegnamento che la Corte costituzionale stessa, successivamente alla proposizione delle questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Padova, aveva offerto in materia nella sentenza n. 25/2023, laddove aveva avuto cura di sottolineare, riprendendo parzialmente un'argomentazione formulata in propri precedenti in cui era venuto in rilievo l'articolo 23 della Costituzione⁴⁵, che *«il carattere*

⁴¹ Cfr. l'articolo 4, comma 3, del decreto legge n. 44/2021.

⁴² Cfr. l'articolo 4, comma 4, del decreto legge n. 44/2021.

⁴³ L'articolo 4, comma 2, del decreto legge n. 44/2021 stabilisce che non sussiste l'obbligo vaccinale, e la vaccinazione può dunque essere omessa o differita, *«in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal proprio medico curante di medicina generale ovvero dal medico vaccinatore»*. Istituita questa garanzia per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, la disposizione in esame prevede che l'attestazione ad opera del medico curante debba essere fatta *«nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2»*.

⁴⁴ Com'è stato osservato, le scelte normative in ambito sanitario, pur dovendo essere condizionate dalle risultanze tecnico scientifiche, non si traducono in una mera recezione delle indicazioni provenienti dagli scienziati interpellati, se non perché *«Il sapere 'amministrativo' o 'legislativo' è, per definizione, un sapere scelto e selezionato dal potere pubblico»*. Cfr. A. MANGIA, *Un raffinato esempio di distinguishing. Se la fonte è il fatto, che deve fare il giudice quando il fatto cambia?*, in *Nuove autonomie*, 1/2022, p. 38. Ed invero, come il medesimo Autore aveva rilevato in un suo precedente contributo sull'argomento, *«Se riferito al legislatore, dire che il potere pubblico sceglie selezionando le opinioni all'interno di un sapere settoriale potrebbe voler dire qualcosa di molto banale: e cioè che è il potere pubblico a selezionare gli esperti, con buona pace della pretesa oggettività della scienza. Dunque la decisione politica, che [...] si vorrebbe drammaticamente limitata dalla 'scienza' ricompare: solo che anziché scegliere le 'regole', la politica sceglie il sapere (o l'opinione o l'esperto) sulla base del quale fondare e legittimare la regola»*. Cfr. A. MANGIA, *Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Giuffè, Milano, 2011, p. 69.

⁴⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 5/2021, paragrafo 5.1 del Considerato in diritto, che richiama ulteriori precedenti.

relativo di una riserva di legge “non relega [...] la legge sullo sfondo”», e che «quest’ultima non può ridursi ad una prescrizione normativa “in bianco”, senza che risultino definiti contenuti e modi dell’azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini»⁴⁶.

Tale affermazione – evocativa dell’idea che, in forza della riserva “relativa” di legge, il contenuto non essenziale della disciplina normativa possa sì essere delegato, ma a condizione che il relativo potere sia circoscritto dalla fonte primaria in modo sostanziale – è in sé inidonea a chiarire in che termini debba essere formulata la delega così che la Costituzione possa dirsi rispettata. Con la conseguenza che altro non si sarebbe potuto fare che attendere la decisione della Corte costituzionale sul profilo in esame, così come su quello riguardante la legittimità del riferimento alla circolare per identificare l’atto mediante il quale la delega avrebbe potuto essere attuata dal Ministero della salute.

3. La sentenza n. 171/2023 della Corte costituzionale: una pronuncia con qualche ombra

Con la sentenza n. 171/2023, la Corte costituzionale ha giudicato priva di rilevanza, e dichiarato dunque inammissibile, la questione sollevata dal Tribunale di Padova nei confronti del comma 1 dell’articolo 4 del decreto legge n. 44/2021⁴⁷, mentre ha dichiarato non fondata quella sollevata nei confronti del comma 5⁴⁸. È dunque al percorso argomentativo seguito per dirimere questa seconda questione che occorre rivolgere l’attenzione. Come si illustrerà, la pronuncia in commento rivela, *in parte qua*, indicazioni di un certo interesse sul pensiero della Corte costituzionale relativo alla riserva di legge istituita dall’articolo 32, comma 2, della Costituzione; e consente, ad un tempo, di segnalarne alcuni aspetti critici.

Nella parte della motivazione della pronuncia dedicata al sindacato dell’articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021, la Corte costituzionale ha per prima cosa inteso confermare la propria giurisprudenza riguardante le riserve “relative” di legge, sottolineando come siffatte riserve non impongano al legislatore di dettare una disciplina in tutto compiuta, ma ammettano un’integrazione della stessa ad opera di atti normativi secondari e consentano altresì all’amministrazione di adottare atti di altra natura chiamati a specificare e concretizzare il complesso dei precetti normativi⁴⁹.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 25/2023, paragrafo 7.1 del Considerato in diritto.

⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 171/2023, paragrafo 3.1 del Considerato in diritto. La Corte si è pronunciata nel senso detto sulla base della considerazione che nel giudizio *a quo* non veniva in discussione l’obbligatorietà della vaccinazione del personale sanitario ma esclusivamente il momento entro il quale l’infermiera, guarita dal COVID-19, doveva sottoporvisi. Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una giustificazione forse discutibile, in ragione di quanto si è rilevato alla precedente nota 8. È però vero che l’eccezione in esame non era stata adeguatamente argomentata nell’ordinanza di rimessione, avendo il Tribunale di Padova incentrato la motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza unicamente in relazione al comma 5 dell’articolo 4 del decreto legge n. 44/2021: la questione riguardante il comma 1 avrebbe dunque dovuto essere dichiarata comunque inammissibile, sia pure, ci pare, per questa differente ragione.

⁴⁸ *ID.*, paragrafo 6 del Considerato in diritto.

⁴⁹ *ID.*, paragrafo 6.1 del Considerato in diritto, dal quale sono tratte le successive citazioni riportate nel testo, salva diversa indicazione.

Ciò affermato, la Corte costituzionale ha subito ricordato i limiti costituzionali ai quali, in presenza di riserve “relative”, devono considerarsi soggiacere generalmente le fonti primarie e quindi, di riflesso, le fonti secondarie e gli atti amministrativi non normativi. Nei casi in esame – si argomenta nella sentenza in commento, richiamando giurisprudenza pregressa – *«ciò che la legge è tenuta a fare, quando conferisca poteri amministrativi, è definire contenuti e modalità del loro esercizio (sentenze n. 5 del 2021 e n. 174 del 2017) che delimitino la discrezionalità dell'amministrazione, la cui attività deve sempre trovare «una, pur elastica, copertura legislativa» (sentenza n. 115 del 2011)»*.

Questo vincolo varrebbe anche nel caso della riserva istituita dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione: la particolare intensità di tutela che tale disposizione accorda al diritto alla salute *«non esclude»* infatti, ad avviso della Corte costituzionale, *«che la legge, una volta individuata la misura sanitaria imposta, preveda un puntuale intervento dell'amministrazione «nell'ambito di una discrezionalità da esercitarsi sulla base di valutazioni soggette al sindacato di attendibilità tecnico-scientifica esperibile dall'autorità giurisdizionale» (sentenza n. 25 del 2023)»*. D'altra parte, si segnala ancora nella sentenza, la stessa *«Corte ha da tempo riconosciuto che non è costituzionalmente impedito l'intervento dell'amministrazione neppure in ambiti coperti da riserva di legge assoluta, sempre che detto intervento integri la fonte primaria, cui devono ascrivere gli elementi essenziali della fattispecie, sulla base di una «valutazione strettamente tecnica» (sentenza n. 333 del 1991)»*.

I passaggi dinanzi ricordati ambiscono evidentemente a fornire una descrizione generale del contesto costituzionale in cui collocare la questione sollevata dal Tribunale di Padova. Il quadro che essi restituiscono, tuttavia, risulta, in sé considerato, ancora parzialmente sfuocato⁵⁰: mentre è chiara l'indicazione che anche la riserva di legge prevista dall'art. 32, comma 2, della Costituzione tollererebbe che la fonte primaria demandi ad atti dell'amministrazione l'integrazione e la specificazione della disciplina della misura sanitaria individuata come obbligatoria, fatica invece a intendersi in che misura e in che forma debba essere realizzata l'attribuzione di un potere discrezionale all'amministrazione affinché la fonte primaria sia da considerare compatibile con il dettato costituzionale.

Il disinteresse del Giudice delle leggi a fornire qualche indicazione ulteriore a questo proposito si spiega forse, oltre che per la oggettiva difficoltà ad assolvere un simile compito⁵¹, con la mancanza di necessità

⁵⁰ E, almeno in un punto, impreciso. Pare infatti fuori luogo il riferimento, contenuto nella sentenza in commento, al passaggio della sentenza n. 115/2011 in cui era stata affermata la necessità, imposta dal principio di legalità “sostanziale”, di mantenere *«una, pur elastica, copertura legislativa»* dell'azione amministrativa. Tale richiamo, nell'ambito di una riflessione incentrata unicamente sulla riserva di legge, com'è quella sviluppata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 171/2023, pare fuori luogo e idoneo ad alimentare l'idea – errata, per quanto già detto alla precedente nota 12 – che i due principi siano sovrapponibili.

⁵¹ La difficoltà di dare un significato specifico e un valore preciso al requisito che la legge, nelle materie coperte da riserva “relativa”, predetermini in termini sufficienti i poteri discrezionali conferiti all'amministrazione, rappresenta l'argomento più significativo per escludere che possano darsi riserve “relative” di legge. Al di là dell'inconsistenza o insufficienza dei criteri indicati dalla Corte costituzionale o enucleati dalla dottrina per distinguere, in seno alle riserve previste dalla Costituzione, quelle “assolute” e quelle “relative”, tale distinzione pare infatti non accettabile perché la configurazione di riserve “relative” finisce, in definitiva, per negare che la riserva rappresenti un vero limite alla facoltà del legislatore di regolare a suo piacimento

di farlo, data la peculiarità della delega prevista dalla disposizione censurata, avente ad oggetto la sola definizione di aspetti “tecnici” relativi alla misura sanitaria imposta, come tali non implicanti il riconoscimento in capo all’amministrazione di poteri discrezionali. Questa impressione pare trovare conferma dalla lettura dei passaggi della decisione successivi a quelli sopra citati, nei quali è stata specificamente affrontata e respinta l’obiezione formulata dal giudice *a quo* nell’ordinanza di rimessione in merito alla insufficiente determinatezza del contenuto della disposizione censurata per soddisfare il dettato costituzionale.

La Corte costituzionale ha anzitutto rilevato che nel quadro normativo delineato dall’articolo 4 del decreto legge n. 44/2021 – caratterizzato, come da essa stessa riscontrato⁵², dall’essere dettato interamente dalla fonte primaria – «*il legislatore si è limitato a demandare a «circolari del Ministero della salute» l’individuazione del termine di differimento della vaccinazione per gli operatori sanitari contagiati e guariti, ovvero sia dell’arco di tempo nell’ambito del quale la carica anticorpale derivante dall’avvenuto contagio rendeva non necessaria la vaccinazione»*⁵³.

Alla considerazione sulla limitatezza dell’oggetto della valutazione attribuita al Ministero della salute dall’articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021, ne sono seguite altre volte a sottolineare la peculiare natura della stessa. In proposito, la Corte costituzionale ha dapprima messo in rilievo che l’individuazione del termine di differimento della vaccinazione per l’ipotesi ivi contemplata, «*evidentemente, deve essere compiuta sulla base di dati tecnico-scientifici*» e, come previsto dalla disposizione anzidetta, ad opera della «*amministrazione istituzionalmente in possesso delle competenze tecnico-scientifiche per farlo*», per poi sottolineare che, «*nella descritta cornice di rango primario, al Ministero della salute non era demandato l’esercizio di discrezionalità amministrativa – che implica, come noto, valutazione, ponderazione e bilanciamento di interessi comunque coinvolti nel procedimento – ma una mera valutazione di ordine tecnico da condurre alla stregua del dato scientifico e della sua rapida evoluzione; e ciò, tenendo in considerazione che l’obbligo vaccinale era stato imposto [a]l fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza» (art. 4, comma 1, d.l. n. 44 del 2021, come convertito e sostituito)*».

Se dunque si intende correttamente il ragionamento della Corte costituzionale, pare che quest’ultima non abbia condiviso la prospettazione del Tribunale di Padova perché, a fronte di una disciplina del

la qualità e quantità del potere che può concedere all’amministrazione, risultando un siffatto limite assiso su un requisito – quello della predeterminazione “sufficiente” dei poteri conferiti – evanescente.

⁵² Corte costituzionale, sentenza n. 171/2023, paragrafo 6.2 del Considerato in diritto, dove si legge: «*È nella sede legislativa [...] che risiedeva interamente la disciplina concernente l’obbligo vaccinale, perché era la legge, e soltanto la legge, che aveva individuato: i soggetti tenuti a sottoporsi al trattamento sanitario; per quanti tra questi, «in caso di accertato pericolo per la salute», la vaccinazione potesse essere omessa o differita; la procedura da seguire per l’accertamento dell’obbligo e i soggetti chiamati a porla in essere; nonché, infine, le conseguenze derivanti dal provato inadempimento. Ancora, è nella legge, e precisamente nella norma censurata, che era previsto – ed è quanto qui più rileva – il differimento della vaccinazione per gli operatori sanitari che fossero stati contagiati dal virus, per i quali, tuttavia, restava l’obbligo, solo temporaneamente sospeso, di sottoporsi al trattamento sanitario imposto per legge*».

⁵³ *ID.*, paragrafo 6.3 del Considerato in diritto, dal quale sono tratte le successive citazioni riportate nel testo, salva diversa indicazione.

trattamento sanitario obbligatorio quasi integralmente espressa dalla fonte primaria, all'amministrazione era stato demandato il solo compimento di scelte che, dovendo essere assise su valutazioni di natura tecnica, non avrebbero implicato esercizio di discrezionalità amministrativa e non avrebbero richiesto perciò di essere vincolate da criteri, predeterminati dalla fonte primaria stessa, diretti a ridurre il tasso di politicità.

Di qui la conclusione, che *«L'eventuale scorretto esercizio del potere attribuito all'amministrazione, laddove si ritenesse non attendibile la valutazione tecnico-scientifica che ne è necessariamente alla base, non si riverbera in un vizio della norma di legge – che, nei limiti di quanto consentito dalla riserva relativa di cui all'art. 32 Cost., ha demandato all'amministrazione detta valutazione – ma determina, semmai, l'illegittimità della circolare amministrativa, che potrà essere conosciuta dai giudici comuni, cui pure ne è rimessa l'interpretazione».*

Volendo mettere ordine a quanto si è fin qui detto e provare a generalizzare il pensiero della Corte costituzionale espresso nei passaggi della motivazione della sentenza sopra esaminati, sembra potersi dire che, per essa, la riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori imporrebbe alla fonte primaria di individuare il tipo di misura sanitaria obbligatoria e altresì, nel caso in cui detta fonte deleghi all'amministrazione scelte che involgono la diretta considerazione dell'interesse pubblico, di predeterminare i criteri e le direttive che dovranno essere da quella rispettate nell'esercizio del relativo potere⁵⁴. Tale predeterminazione non sarebbe invece indispensabile quando, come nel caso risolto con la pronuncia in commento, venga conferito ad un'amministrazione in possesso delle relative competenze tecnico scientifiche il solo potere di definire profili tecnici della misura sanitaria, i quali, necessariamente (ossia, anche in assenza di una espressa indicazione in tale senso da parte della fonte primaria), dovranno essere determinati in termini coerenti con lo stato delle conoscenze disponibili.

L'anzidetta rappresentazione è in linea con quella fornita dalla giurisprudenza costituzionale che si è occupata di disposizioni costituzionali istitutive di riserve “relative” di legge, e dunque va sotto questo aspetto certamente apprezzata, dal momento che il consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale in atto contribuisce a dare certezza all'ordinamento giuridico. Altra questione è se la soluzione prospettata sia adeguata rispetto alla prescrizione costituzionale per cui deve essere una fonte primaria – e, più precisamente, la legge (originariamente o, come nel presente caso, successivamente, in sede di conversione di un decreto legge) – a disciplinare determinate materie, ed in particolare ad obbligare a un determinato trattamento sanitario.

⁵⁴ È stato sostenuto che nella sentenza in commento la Corte costituzionale avrebbe «in qualche modo “riassunto” i contenuti minimi di una legge attuativa dell'art. 32, comma 2, Cost. in materia di vaccinazioni», ravvisandoli nella individuazione dei soggetti tenuti a sottoporsi al trattamento sanitario, delle esenzioni ammesse, delle procedure da seguire per l'accertamento dell'obbligo, delle conseguenze derivanti dal provato inadempimento (S. LEONE, *La salute degli altri*, op. cit., pp. 126-127). Tale affermazione non appare fondata, sembrando indebitamente attribuire una portata prescrittiva ad una mera descrizione, fatta dalla Corte costituzionale, del contenuto della fonte primaria nel cui ambito si collocavano le disposizioni censurate dal Tribunale di Padova.

Esula dalla scopo del presente contributo provare a rispondere compiutamente a questa domanda, previo confronto con le numerose opinioni espresse al riguardo, che denotano, ultimamente, pensieri non del tutto coincidenti sulla connotazione del regime democratico accolto nella Costituzione repubblicana, sui principi ivi posti per regolare i rapporti tra Parlamento e amministrazione, sulla funzione della legge nell'ordinamento giuridico e sulla relazione che deve intercorrere tra questa e gli altri atti normativi e gli atti amministrativi.

In proposito, ci si limita invece a formulare soltanto tre annotazioni, volte, la prima, a ipotizzare una ricostruzione della riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori alternativa a quella accolta nella sentenza in commento, le altre due, a segnalare dei passaggi della stessa che, volendo assecondare l'interpretazione dell'articolo 32, comma 2, della Costituzione fornita dalla Corte costituzionale, appaiono poco convincenti.

Anzitutto, si segnala, in vista di un futuro approfondimento dell'argomento, che i lavori preparatori dell'articolo 32, comma 2, della Costituzione potrebbero non supportare né la lettura propria di chi, qualificando la riserva posta in tale disposizione come "assoluta", ritiene che il Parlamento debba in forza d'essa disciplinare l'intera materia dei trattamenti sanitari obbligatori (salvo, forse, che per gli aspetti tecnici), né quella propria di chi, qualificando la riserva in esame come "relativa", trae da essa l'obbligo per il Parlamento, per un verso, di scegliere il tipo di trattamento sanitario da imporre, per altro verso, di predeterminare il potere eventualmente delegato all'amministrazione per la definizione di altri aspetti della materia, così da delimitarne la discrezionalità (salvo, forse, che per gli aspetti tecnici).

Non è infatti da escludere, considerato il tenore degli interventi dei costituenti sul tema⁵⁵, che l'articolo 32, comma 2, della Costituzione sia stato da essi inteso riservare al Parlamento la sola scelta, da formalizzare in una legge, di imporre uno specifico trattamento sanitario da identificarsi tramite il collegamento con la malattia che esso mira a prevenire, stabilizzare o curare, restando invece libero il Parlamento stesso di decidere se dettare direttamente la restante disciplina oppure se delegare tale funzione all'amministrazione, così come, ricorrendo questa seconda eventualità, di farlo decidendo di vincolare e indirizzare l'azione dell'amministrazione in termini stringenti oppure no.

È, questa, una semplice ipotesi, che tuttavia meriterebbe di essere verificata con attenzione dal momento che, se confermata, potrebbe aprire scenari fino ad oggi inediti tanto nelle riflessioni relative alla portata

⁵⁵ Cfr., *retro*, note 26-27.

e alla natura della riserva di legge prevista dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione quanto in quelle che si sono occupate del fondamento costituzionale del principio di legalità⁵⁶ e del suo contenuto⁵⁷.

Sotto il primo profilo, non si tratterebbe ovviamente di mettere in dubbio il ruolo del Parlamento nell'assunzione di decisioni politiche di fondamentale importanza, qual è quella di introdurre un trattamento sanitario obbligatorio, ma di perimetrarlo correttamente alla luce di ciò che la Costituzione prevede; e, di conseguenza, di identificare il contenuto costituzionalmente necessario proprio dell'atto tipico con il quale il Parlamento è tenuto ad operare in questa materia, qualora decida di intervenire: se è vero infatti che in una Costituzione rigida e garantita, com'è quella repubblicana, la riserva di legge non è un limite all'amministrazione ma al legislatore, che deve disciplinare ciò che è riservato e non può spogliarsene autorizzando l'intervento di atti diversi da quelli legislativi⁵⁸, è vero anche che detto limite dovrebbe essere considerato operante solo in relazione allo specifico oggetto della riserva, che potrebbe essere ben più ristretto di quel che comunemente si crede.

Qualora l'ipotesi dinanzi formulata trovi conferma, la riserva di legge prevista dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione, limitata alla sola scelta di istituire una misura sanitaria obbligatoria riguardante la malattia che si intende prevenire, curare, stabilizzare, dovrebbe essere intesa, in relazione a tale aspetto (il solo oggetto propriamente riservato), come "assoluta"⁵⁹. Al di là della diversa qualificazione della natura

⁵⁶ A differenza della riserva di legge, che è oggetto di specifiche previsioni costituzionali, il principio di legalità non è espressamente previsto in Costituzione, cosicché in dottrina ci si è chiesti se esso sia stato o no costituzionalizzato. A tale proposito si sono date nel tempo letture assai diverse, che non è possibile ripercorrere puntualmente in questa sede. Qui basti ricordare che la costituzionalizzazione del principio di legalità è stata da taluni negata «attraverso un'interpretazione a contrario dell'art. 23, considerato norma di chiusura (posizione che oggi sembra dominante tra gli amministrativisti)» (M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, 1/2008, p. 14), mentre da altri è stata affermata previa sua configurazione alla stregua di «un principio generale inespresso» ricavabile «sia dalle disposizioni riguardanti la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, sia da quelle concernenti la soggezione esclusiva del giudice alla legge (Fois), sia dalla garanzia della libertà individuale (art. 23) (Pace), sia infine dalla regola, stabilita dall'art. 97, sull'organizzazione dei pubblici uffici «secondo disposizioni di legge» finalizzate a realizzare l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione (così la prevalente dottrina e la ormai consolidata giurisprudenza della Corte)» (F. SORRENTINO, *Principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 3/2016, pp. 89-90).

⁵⁷ Tra chi ha concluso per la costituzionalizzazione del principio di legalità, si registrano posizioni discordanti in ordine al suo significato, che sono state da ultimo così sintetizzate: il principio «a) È stato costituzionalizzato nel suo significato forte, che implica una specifica, materiale, conformazione del potere amministrativo, tale che la legge possa costituire parametro del suo esercizio (il potere deve essere specificamente conferito e specificamente disciplinato). b) È stato costituzionalizzato in un significato più debole, che implica una specifica, espressa, materiale, identificazione e autorizzazione senza che la legge disciplini la materia sulla quale il potere amministrativo verrà esercitato (il potere deve essere solo specificamente conferito, per singole ipotesi espressamente individuate, ma non specificamente disciplinato). c) È stato costituzionalizzato in un significato ancora più debole, che richiede solo un'autorizzazione, anche generale, che conferisca il potere pur senza individuare le specifiche ipotesi in presenza delle quali potrà essere esercitato. Il potere deve essere solo genericamente conferito [...] d) È stato costituzionalizzato nel significato descritto al punto b), ma non è richiesta un'autorizzazione legislativa espressa, potendo essa derivare da principi generali (dell'ordinamento generale o di quello amministrativo) o da fonti equiparate alla legge» (M. DOGLIANI, *Il principio di legalità*, op. cit., pp. 13-14). È noto che la Corte costituzionale ha da tempo affermato che il principio di legalità è stato costituzionalizzato nel suo significato "sostanziale", salvo poi però assumere decisioni non propriamente coerenti con tale affermazione. In argomento, cfr., ad esempio, G. DI COSIMO, *E le Camere stanno a guardare*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, I, *Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 151-164.

⁵⁸ Come è ritenuto pacifico tra i costituzionalisti. Cfr., ad esempio, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, op. cit., p. 2.

⁵⁹ È da notare che una simile connotazione della riserva in esame sarebbe sostanzialmente coerente con l'idea, prospettata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 25/2023, che vi sia una parte della materia oggetto della riserva, da essa intesa in

della riserva non vi sarebbero però ulteriori conseguenze, almeno per chi ritiene che nel nostro sistema costituzionale operi un principio generale di legalità da intendersi in senso “sostanziale”: sulla parte della materia non oggetto di riserva, infatti, tale principio richiederebbe comunque che vengano fissate nella fonte legislativa precise direttrici all’interno delle quali possa esercitarsi, con l’emanazione di atti normativi e non normativi, la necessaria discrezionalità di altri organi investiti del relativo potere⁶⁰.

Diversa sarebbe invece la conclusione di chi è dell’opinione che la Costituzione non accolga un principio generale di legalità, come anche di chi sostiene che lo accolga ma esclusivamente in un significato “formale”: disancorato dalla riserva di legge, il dovere del Parlamento di non effettuare deleghe “in bianco” a favore dell’amministrazione in relazione ad oggetti del trattamento sanitario obbligatorio diversi da quelli ad esso riservati non troverebbe infatti un aggancio costituzionale o, aderendo alla seconda ipotesi⁶¹, ne troverebbe uno tutto sommato limitato, risultando necessario e sufficiente in tale ultima prospettiva, affinché il principio sia rispettato, che la fonte primaria indichi “su che cosa” e “con quali forme” l’amministrazione possa agire, essendo invece il “come” rimesso alla discrezionalità di quest’ultima.

A seconda degli esiti che verranno restituiti da future indagini sulla portata della riserva di legge prevista dall’articolo 32, comma 2, della Costituzione, potrebbe dunque essere opportuno tornare a domandarsi se un regime democratico-parlamentare come quello prefigurato dalla Costituzione repubblicana, ove la sovranità popolare è assunta a fondamento stesso della legittimità dell’ordinamento e in cui al popolo, oltre alla titolarità, spetta anche l’esercizio della sovranità nelle forme e nei limiti ivi previsti, imponga davvero che, al di fuori delle riserve di legge, l’azione dell’amministrazione debba essere necessariamente (ossia per vincolo costituzionale) indirizzata dalla legge, oppure se un tale regime ammetta che l’azione amministrativa possa e debba svolgersi non in contrasto con la legge (e con altri atti che si ritengono rappresentare il parametro della legalità), previa espressa autorizzazione della stessa (laddove si concluda che il principio di legalità è stato costituzionalizzato in senso “formale”)⁶².

senso più ampio di quello ipotizzato nel testo, che ne costituirebbe il “contenuto essenziale”, come tale necessariamente non delegabile.

⁶⁰ Un simile esito non sarebbe sorprendente, posto che, secondo un diffuso rilievo della dottrina, la riserva “relativa” di legge finisce perlopiù coll’atteggiarsi, nei confronti dell’amministrazione, come principio di legalità “sostanziale”. Cfr. in tale senso, ad esempio, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, *op. cit.*, p. 11, la quale, riflettendo sui rapporti tra i due istituti, ha notato che, in ultima analisi, la loro difficile decifrazione sarebbe dovuta alla loro parziale sovrapposizione: la riserva “relativa”, ritenuta «del tutto priva di qualunque fondamento costituzionale» e «frutto dell’esigenza, puramente pratica ma ben comprensibile, di non irrigidire l’intero sistema normativo nella necessità di una totale, completa ed esauriente disciplina legislativa», richiederebbe infatti, sulla parte della materia che non deve essere compiutamente disciplinata dalla fonte legislativa, che quest’ultima indirizzi e limiti il potere di intervento dell’amministrazione; ma «ciò è quanto, precisamente, richiede il generale principio di legalità» “sostanziale”, al quale, secondo l’Autrice, non si potrebbe non riconoscere valore generale in uno Stato democratico di diritto.

⁶¹ Come ci pare corretto, nei termini e per le ragioni espresse da S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, pp. 682-686.

⁶² Ovviamente, l’esame volto alla costituzionalizzazione formale del principio in parola dovrebbe spingersi a valutare se esso possa considerarsi soddisfatto in presenza di una autorizzazione generica della fonte primaria, valida una volta per tutte, all’esercizio di un certo tipo di potere da parte di organi dell’amministrazione oppure se esso esiga volta per volta una specifica

Volendo prescindere dalla prospettiva dinanzi abbozzata e mantenersi invece all'interno del quadro di riferimento tradizionale, che richiede che la riserva di legge prevista dall'articolo 32, comma 2, della Costituzione abbia ad oggetto l'intera materia dei trattamenti sanitari obbligatori e sia "relativa" nel senso indicato dalla Corte costituzionale nella sentenza in esame, pare opportuno formulare un secondo ordine di considerazioni, originate dalla soluzione ivi prospettata quanto al conferimento all'amministrazione, in detta materia, del potere di assumere decisioni basate esclusivamente su valutazioni tecniche.

La Corte costituzionale ha ribadito che la riserva di legge in esame non è violata quando la fonte primaria si limiti a demandare ad atti amministrativi adempimenti di tale natura. Punto centrale della motivazione della Corte a tale riguardo è quello per cui l'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44 del 2021, incaricando il Ministero della salute della «*individuazione del termine di differimento della vaccinazione per gli operatori sanitari contagiati e guariti*»⁶³, avrebbe attribuito a tale amministrazione un'attività che «*non implica l'esercizio di discrezionalità amministrativa*» ma «*una mera valutazione di ordine tecnico*».

Queste affermazioni, formulate anche per evitare di prendere posizione sull'incerta natura – normativa o amministrativa – dell'atto mediante il quale il Ministero della salute avrebbe dovuto fornire le indicazioni richieste, si prestano ad essere soppesate dalla prospettiva, qui indagata, dell'esistenza e dell'estensione dei limiti intrinseci che derivano al legislatore dalla previsione, in Costituzione, di una riserva di legge in materia dei trattamenti sanitari obbligatori. D'altra parte, proprio a questo livello si era appuntata la censura del Tribunale di Padova all'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44 del 2021: come si è già ricordato, per il giudice *a quo* detta disposizione non sarebbe stata infatti conforme alle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale relativa alle riserve di legge, dal momento che non avrebbe predeterminato adeguatamente la disciplina delegata, realizzando in tale modo una «*delega in bianco*» a favore dell'amministrazione⁶⁴.

A tale proposito, si può notare che il rigetto della questione è stato corredato da una motivazione che appare, per un verso, forse eccessivamente sbrigativa e, per altro verso, non esente da criticità.

Quanto al primo rilievo, stupisce che la Corte costituzionale non abbia ritenuto opportuno precisare, in termini generali, le condizioni in presenza delle quali, in materia coperta da riserva di legge, la fonte primaria può legittimamente conferire all'amministrazione il potere di compiere determinate decisioni basate su valutazioni tecniche⁶⁵.

attribuzione del potere, almeno nel senso di una indicazione del fine al quale dovrà rivolgersi, di una delimitazione dell'oggetto su cui potrà incidere, di una indicazione della forma attraverso la quale dovrà esprimersi. Cfr., in argomento, S. FOIS, *Legalità (principio di)*, *op. cit.*, pp. 689-692, il quale si è espresso in tale scritto a favore della seconda alternativa.

⁶³ Corte costituzionale, sentenza n. 71/2023, paragrafo 6.3 del Considerato in diritto, dal quale sono tratte anche le successive citazioni riportate nel testo.

⁶⁴ Cfr., *retro*, paragrafo 1.

⁶⁵ Vero è, come si è già messo in luce, che l'illustrazione delle specifiche ragioni per le quali è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021, è stata fatta precedere

Ancorché sia vero che la legittimità di una delega del genere è stata generalmente ammessa tanto dalla dottrina che si è occupata delle riserve di legge previste nella nostra Carta fondamentale⁶⁶ quanto dalla giurisprudenza costituzionale in giudizi nei quali la questione, come ricordato nella sentenza che qui si annota, era stata posta con riferimento a riserve di legge non solo “relative” ma addirittura “assolute”⁶⁷, non pare che l’esistenza di tali indirizzi giustifichi un simile silenzio. Indicazioni espresse sull’argomento sarebbero state convenienti, se non altro, per attenuare le incertezze derivanti dalla necessità di interpretare l’assenza di spiegazioni.

In effetti, la lettura della sentenza in commento potrebbe indurre a credere che per la Corte costituzionale l’articolo 32, comma 2, della Costituzione non esigerebbe che la fonte primaria, allorché domandi all’amministrazione il compimento di valutazioni tecniche in ordine a un profilo determinato della materia riservata, circoscriva distintamente⁶⁸, nel fine e nel modo d’esercizio, un simile potere. Essendo infatti a quest’ultimo estraneo il compimento di quelle scelte latamente politiche che caratterizzano invece il potere discrezionale dell’amministrazione, almeno stando all’opinione generale⁶⁹, non sarebbe ingiustificato supporre che non valgano qui i vincoli stringenti imposti al legislatore in questa materia dalla Costituzione.

In realtà, se si considerano anche le affermazioni della Corte costituzionale formulate in relazione al caso da essa considerato, sembra potersi dire che le cose stiano diversamente, e cioè che per la Corte costituzionale la riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori richiederebbe comunque che all’amministrazione sia conferito un potere espressamente determinato nel contenuto, limitato nel fine e

dalla Corte costituzionale da alcune considerazioni (formulate al paragrafo 6.1 del Considerato in diritto) sulle implicazioni derivanti dalla previsione in Costituzione delle riserve “relative” di legge e, tra queste, in particolare di quella dettata per i trattamenti sanitari obbligatori; vero è, altresì, che nell’ambito di tali considerazioni, la Corte costituzionale ha ricordato che la riserva istituita dall’articolo 32, comma 2, della Costituzione non osterebbe a interventi dell’amministrazione «*nell’ambito di una discrezionalità da esercitarsi sulla base di valutazioni soggette al sindacato di attendibilità tecnico-scientifica esperibile dall’autorità giurisdizionale*»; vero è, infine, che a tali considerazioni è seguita la chiosa finale che la giurisprudenza costituzionale ammette interventi dell’amministrazione basati su valutazioni strettamente tecniche anche in materie coperte da riserva “assoluta” di legge; e tuttavia in tali parti della sentenza n. 171/2023 risultano assenti argomenti che spieghino perché e a quali condizioni alla fonte primaria sarebbe consentito demandare all’amministrazione il compito di determinare, sulla base di valutazioni tecniche, alcuni aspetti dei trattamenti sanitari obbligatori.

⁶⁶ Anche da parte di chi ha teorizzato che le riserve configurate in Costituzione dovrebbero essere intese, tutte, come “assolute”. Cfr., ad esempio, A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge*, op. cit., pp. 121-129, il quale ha negato, in presenza di una riserva di legge, «ogni legittimità ad attività secondarie che non siano *latu sensu* esecutive [o che non rientrino nella nozione – pur così opinabile, e che andrebbe rigorosamente circoscritta – di discrezionalità tecnica]» (ivi, p. 126).

⁶⁷ Le decisioni nelle quali la Corte costituzionale ha affermato di voler fare proprio il principio per cui la riserva di legge, sia essa “relativa” o “assoluta”, ammette la delega di discrezionalità tecnica all’amministrazione, sono assai numerose e risalenti nel tempo. Tra le prime, si può ricordare ad esempio la sentenza n. 122/1957, nella quale la Corte costituzionale, sia pure con riferimento esclusivo all’articolo 23 della Costituzione, ha affermato di ritenere compatibile con la riserva di legge ivi prevista non solo la discrezionalità tecnica ma anche, a determinate condizioni, la discrezionalità amministrativa.

⁶⁸ Ossia, con previsione espressa della fonte primaria stessa.

⁶⁹ Cfr., ad esempio, P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, Torino, 2010, p. 149: «[L]a nozione di discrezionalità tecnica ha assunto rilievo diretto nel giudizio sulla costituzionalità delle leggi, con particolare riferimento al conferimento legislativo di poteri normativi o provvedimentali alla pubblica amministrazione, sotto la lente del principio di legalità o della riserva di legge; si ritiene infatti che tale contenuto della valutazione diminuisca (o escluda del tutto) l’ambito della discrezionalità riducendo considerevolmente il rilievo politico della scelta».

condizionato nel modo, anche quando tale potere sia meramente “tecnico”. A tale proposito, appare infatti significativo che nella sentenza n. 171/2023, la Corte costituzionale ha avuto cura di precisare che con la disposizione legislativa censurata era stato demandato al Ministero della salute la valutazione *«dell’arco di tempo nell’ambito del quale la carica anticorporea derivante dall’avvenuto contagio rendeva necessaria la vaccinazione»*, e che tale valutazione, di natura “tecnica”, sarebbe stata *«da condurre alla stregua del dato scientifico e della sua rapida evoluzione»* e *«tenendo in considerazione che l’obbligo vaccinale era stato imposto «[a]l fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza» (art. 4, comma 1, d.l. n. 44 del 2021, come convertito e sostituito)»*.

Questi passaggi sembrano confermare l’insegnamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui, in sintesi, il potere riconosciuto all’amministrazione dalla fonte primaria in una materia coperta da riserva di legge deve essere necessariamente circoscritto sotto i profili detti, anche quando tale potere si esprima in decisioni che si limitino a fare proprie valutazioni di carattere tecnico. Ciò detto, va però osservato che nei passaggi da ultimo citati s’annidano alcune criticità.

La prima si riconnette all’esigenza che la fonte primaria indichi all’amministrazione il fine da perseguire nell’esercizio del potere delegato. La Corte costituzionale ha considerato detta esigenza soddisfatta, nel caso di specie, dalla presenza della previsione che il Ministero della salute, in sede di individuazione del termine di differimento della vaccinazione da parte dei soggetti obbligati che, prima di sottoporvisi, si fossero ammalati e fossero poi guariti, avrebbe dovuto considerare che l’obbligo vaccinale per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2 era stato istituito, per espressa previsione legislativa⁷⁰, per *«tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cure e assistenza»*: oltre che a esprimere la giustificazione dell’obbligo istituendo nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario, tale previsione è stata dunque intesa recare anche il fine in vista del quale il potere delegato all’amministrazione dall’articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021 avrebbe dovuto essere esercitato.

Il passaggio in esame della sentenza n. 171/2023 offre così un argomento adeguato a consentire il superamento di un primo profilo della censura del Tribunale di Padova, dal momento che dimostra, alla luce del dato normativo positivo, che la disposizione impugnata non aveva delegato al Ministero della salute un potere “libero” nel fine, che come tale sarebbe stato contrario alla riserva di legge configurata in materia di trattamenti sanitari obbligatori. Il giudizio è, tuttavia, meno favorevole, se si considera il medesimo passaggio dalla prospettiva della giurisprudenza costituzionale che ha enunciato le condizioni

⁷⁰ Come si è già evidenziato, la Corte costituzionale ha fatto riferimento espresso all’articolo 4, comma 1, del decreto legge n. 44/2021, recante la previsione dell’obbligo vaccinale, per le finalità ivi indicate, nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario.

affinché un trattamento sanitario obbligatorio possa considerarsi compatibile con il diritto alla salute sancito all'articolo 32 della Costituzione.

La disposizione impugnata, avendo demandato al Ministero della salute un potere da esercitare esclusivamente in vista del perseguimento delle finalità indicate dall'art. 4, comma 1, del decreto legge n. 44/2021, pare infatti non conforme con l'orientamento della Corte costituzionale secondo cui l'imposizione di un trattamento sanitario è legittima non solo se sia finalizzata alla tutela della salute pubblica, ma anche se non incida negativamente sullo stato di salute di chi vi è assoggettato⁷¹.

Si può pensare che nella sentenza in esame la Corte costituzionale non abbia ritenuto necessario affrontare il problema che si è evidenziato, tanto più che la questione di legittimità costituzionale non era stata sollevata con riferimento a questo profilo. E tuttavia sarebbe stato forse opportuno un chiarimento, volto a illustrare le ragioni a supporto di un (improbabile) allontanamento nel caso di specie dalla giurisprudenza precedente o a ribadire le ragioni attestanti che, al di là delle finalità indicate nell'articolo 4, comma 1, del decreto legge n. 44/2021, la determinazione del Ministero della salute prevista dall'articolo 4, comma 5, del decreto in questione avrebbe dovuto tenere conto di quella giurisprudenza, e perciò essere finalizzata anche ad escludere conseguenze negative sullo stato di salute degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario da sottoporre al trattamento vaccinale dopo la guarigione dal Covid-19⁷².

Ancor più significativa appare la criticità della sentenza in commento nella parte della motivazione dedicata alla valutazione della conformità, con la riserva di legge di cui all'articolo 32, comma 2, della Costituzione, dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021 sotto il profilo, diverso da quello dinanzi descritto, dei limiti che esso avrebbe previsto in capo al Ministero della salute quanto al modo d'esercizio del potere delegato.

La sottolineatura che la valutazione delegata alla *«amministrazione istituzionalmente in possesso delle competenze tecnico-scientifiche per farlo»*, dovrebbe essere condotta *«alla stregua dei dati scientifici in materia»*, appare, anzitutto, di incerto fondamento, considerato che una simile prescrizione non è dettata nella disposizione impugnata o in altre disposizioni del decreto legge n. 44/2021. Ma anche volendo ritenere che abbia un qualche fondamento giuridico⁷³, si potrebbe dubitare che detta prescrizione sia di per sé sufficiente a

⁷¹ Cfr., *retro*, nota 25.

⁷² Si potrebbe anzi giungere a sostenere che la finalità in esame sia anche l'unica che avrebbe dovuto essere presa in considerazione dal Ministero della salute in sede di attuazione dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021 se, come affermato dalla Corte costituzionale, il potere di conferito a detta istituzione di individuazione del termine di differimento della vaccinazione per gli operatori sanitari contagiati e guariti altro non sarebbe stato che quello di individuazione *«dell'arco di tempo nell'ambito del quale la carica anticorpale derivante dall'avvenuto contagio rendeva non necessaria la vaccinazione»*.

⁷³ Che le acquisizioni di carattere tecnico-scientifico possano costituire un limite nei confronti di ogni forma di intervento legislativo sul diritto alla salute, dovendo simili interventi adeguarsi ai contenuti delle conoscenze tecnico-scientifiche, è stato lasciato intendere, secondo alcuni studiosi, da alcune decisioni della Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 282/2002 (cfr., ad esempio, B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI

soddisfare la riserva di legge prevista dall'articolo 32, c. 2, della Costituzione, esigendo quest'ultima, nell'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, che la fonte primaria disciplini il modo in cui l'amministrazione può intervenire in materia.

Come si è già riferito, la Corte costituzionale è stata di diverso avviso: dopo avere qualificato la valutazione assegnata al Ministero della salute come "tecnica", escludendo che essa integrasse l'esercizio di discrezionalità, la Corte ha rimarcato che «[l']eventuale scorretto esercizio del potere attribuito all'amministrazione, laddove si ritenesse non attendibile la valutazione tecnico-scientifica che ne è necessariamente alla base, non si riverbera in un vizio della norma di legge – che, nei limiti di quanto consentito dalla riserva relativa di cui all'art. 32 Cost., ha demandato all'amministrazione detta valutazione – ma determina, semmai, l'illegittimità della circolare amministrativa, che potrà essere conosciuta dai giudici comuni».

Può essere che tale giudizio sia fondato. E tuttavia sarebbe stato utile, e fors'anche doveroso, che la Corte costituzionale spiegasse perché la prescrizione costituzionale in esame debba ritenersi soddisfatta per il fatto che la disposizione censurata demandi a un organo amministrativo qualificato il compimento di un accertamento da svolgere in base a dati e conoscenze scientifiche. Occorre intendersi sulle ragioni poste a base del nostro rilievo: non si tratta di mettere in discussione il principio che la fonte primaria, nell'istituire un trattamento sanitario obbligatorio, possa demandare al Ministero della salute determinate scelte tecniche ad esso attinenti⁷⁴; né di negare il principio che esige che tali scelte debbano fondarsi su evidenze scientifiche⁷⁵; piuttosto, si tratta di sapere se la riserva di legge prevista in materia esiga qualcosa di più specifico, così da assicurare che la scelta affidata all'amministrazione sia a sua volta riconducibile a una scelta – e a una responsabilità politica – che la Costituzione vuole che sia conservata in capo al legislatore⁷⁶.

Possiamo infine passare a un terzo e ultimo ordine di considerazioni.

(a cura di), *Cittadinanza, Corti, salute*, Cedam, Padova, 2007, p. 225). Vigendo in materia di trattamenti sanitari obbligatori una riserva "relativa" di legge, si potrebbe postulare che il ricordato limite operi anche quando il legislatore demandi il potere di intervenire sul medesimo diritto all'amministrazione. Senonché, paiono valide anche per questo caso le medesime critiche che sono state mosse al caso in cui sia il legislatore a disciplinare la materia direttamente, e cioè che un simile postulato non pare avere fondamento giuridico nella Costituzione: «sembra difficile», come è stato osservato (A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale*, Giuffè, Milano, 2009, p. 57), «identificare in Costituzione – e cioè nell'art. 32 o in qualunque altra disposizione – un parametro che possa vincolare il legislatore alle acquisizioni scientifiche in modo così netto e stringente».

⁷⁴ Essendo stata qualificata la riserva in questione come "relativa", tale facoltà è da considerarsi pacifica.

⁷⁵ Ancorché il fondamento giuridico di un simile principio risulti, come detto, incerto.

⁷⁶ L'interrogativo posto non è retorico: la necessità, imposta dalla previsione costituzionale della riserva di legge, che la fonte primaria non deleghi all'amministrazione il compimento di scelte latamente politiche, non pare essere soddisfatta mediante il mero riferimento alla natura "tecnica" del sapere al quale detta amministrazione dovrà attingere. Ciò, se non altro, perché all'interno di tale sapere ci possono essere, anzi normalmente ci sono, opinioni distinte, cosicché potrebbe ritenersi che spetti alla fonte primaria indicare almeno i criteri in base ai quali l'amministrazione dovrà decidere quali, tra quelle opinioni, considerare vincolanti.

La sentenza n. 171/2023 suscita perplessità anche nel passaggio in cui la Corte costituzionale si è confrontata con la previsione secondo la quale il termine di differimento della vaccinazione obbligatoria degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario sottrattisi all'adempimento dell'obbligo, ammalatisi di COVID-19 e poi guariti, avrebbe dovuto essere indicato dal Ministero della salute con proprie «circulari»⁷⁷.

Considerato che la circolare non è una figura tipizzata di atto pubblico, il riferimento ad essa rendeva incerto il significato di questa parte dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021, essendo oscuro se tale riferimento dovesse essere inteso come recante un'autorizzazione ad adottare un atto normativo in senso obiettivo di genere nuovo, non assoggettato ai vincoli previsti per l'approvazione dei regolamenti ministeriali dall'articolo 17 della legge n. 400/1988⁷⁸, oppure come recante un'autorizzazione ad adottare un atto normativo interno, sottratto come tale non solo alla disciplina procedimentale dei regolamenti ministeriali ma anche a quella degli effetti che ad essi sono propriamente riconnessi. Quel che più rileva, è che il riferimento alle circolari aveva in ogni caso implicazioni anche sul piano costituzionale: risultava infatti dubbio che potesse considerarsi conforme, con la riserva di legge di cui all'articolo 32, comma 2, della Costituzione (così come interpretato dalla Corte costituzionale), una previsione legislativa che legittimava il Ministero della salute ad integrare la disciplina del trattamento sanitario obbligatorio mediante un atto, la circolare, del quale non solo è ignota la natura, del quale non solo – laddove inteso avere nel caso di specie contenuto normativo in senso obiettivo⁷⁹ – non esiste un procedimento di approvazione previsto legislativamente, ma anche – e in ogni caso, e cioè che si riconosca ad esso nel caso di specie contenuto normativo in senso obiettivo o in senso esclusivamente interno – del quale non è assicurata la conoscenza legale da parte della minoranza parlamentare e della generalità dei consociati⁸⁰.

⁷⁷ Cfr., *retro*, nota 10.

⁷⁸ Legittimando, in tale modo, ancora una volta quel fenomeno, la cd. fuga dal regolamento, che ormai da decenni è oggetto della riflessione giuspubblicistica. Cfr. in argomento, ad esempio, B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2/2015, pp. 371-414.

⁷⁹ Come pare avere. In proposito, è stato giustamente osservato che «l'individuazione del termine di differimento della vaccinazione – per gli operatori sanitari che abbiano conseguito un'immunità naturale a causa del contagio da Covid – non costituisce esercizio di attività meramente esecutiva. È invece vera attività normativa, che integra e completa ciò che è scritto in legge» (cfr. N. ZANON, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale: dieci casi*, Zanichelli, Bologna, 2024, p. 122).

⁸⁰ A seguito dell'abrogazione del comma 1, dell'articolo 26 della legge n. 241/1990 ad opera dell'articolo 53, comma 1, lettera a, del decreto legislativo n. 33/2013, è venuta meno la norma che prevedeva espressamente l'obbligo di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, secondo le modalità previste dai singoli ordinamenti, delle circolari. Cosicché, l'unica disposizione legislativa finalizzata ad assicurare la conoscenza legale di alcune circolari, aventi peraltro un contenuto differente da quello che avrebbero dovuto avere le circolari previste dall'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021, era ed è quella formulata all'articolo 3, comma 6, della legge n. 839/1984, secondo la quale «[s]ono altresì pubblicate» nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana «le circolari esplicative dei provvedimenti legislativi, la cui pubblicità sia richiesta dal ministero competente e sia ritenuta opportuna dal Presidente del Consiglio dei Ministri». In dottrina, l'assetto attuale non sempre viene descritto correttamente. Cfr., ad esempio, A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia*, in *Società e diritti*, 11/2021, p. 44.

Nella sentenza in esame, la Corte costituzionale ha affrontato tali interrogativi solo parzialmente e incidentalmente⁸¹, limitandosi a sostenere che «[n]on rileva, nel contesto delineato», nel quale, come si è già ricordato, la più parte della disciplina del trattamento sanitario obbligatorio era stata fissata dalla fonte primaria, mentre al Ministero della salute era stata demandata la sola individuazione del termine di differimento della vaccinazione nell'ipotesi prevista dall'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021, «definire la natura giuridica dell'atto dell'amministrazione – del quale la circolare costituisce, com'è noto, mero contenitore – se di natura normativa o meramente amministrativa, giacché è dirimente considerare che, nella descritta cornice di rango primario, al Ministero della salute non era demandato l'esercizio di discrezionalità amministrativa – che implica, come è noto, valutazione, ponderazione e bilanciamento di interessi comunque coinvolti nel procedimento – ma una mera valutazione di ordine tecnico da condurre alla stregua del dato scientifico e della sua rapida evoluzione»⁸².

Questa argomentazione, valutata nella prospettiva qui indagata, risulta tuttavia approssimativa, perché non si confronta fino in fondo con le implicazioni costituzionali poste dalla previsione legislativa censurata, e comunque pare, in rapporto ad esse, non convincente⁸³.

Il fatto è che la qualificazione della riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori come “relativa”, non esige dal legislatore soltanto che stabilisca sulla materia in questione norme sufficienti a vincolare la discrezionalità nel merito dell'organo amministrativo al quale voglia consentire di intervenire, ma anche che preveda norme che specificino la natura del potere assegnato a detto organo, che limitino proceduralmente il suo intervento e favoriscano la conoscibilità dell'atto in cui esso si esprime, così

⁸¹ D'altra parte, essi non erano stati affrontati nell'ordinanza di rimessione neppure dal Tribunale di Padova, il quale si era posto unicamente il problema della conformità a Costituzione della delega a favore del Ministero della salute prevista dalla disposizione impugnata in ragione della sua indeterminatezza, non anche in ragione del tipo di strumento – le circolari – per mezzo del quale essa, ai sensi dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021, avrebbe dovuto essere attuata. Al riguardo, il giudice rimettente si era limitato ad osservare, in termini eccessivamente sbrigativi e ultimamente immotivati, come, per effetto di una simile previsione, «le predette circolari siano divenute vere e proprie fonti del diritto, con efficacia diretta nell'ordinamento generale, come evidenziato anche dalla dottrina più recente, secondo cui, attualmente, il quadro normativo tradizionale della gerarchia delle fonti risulterebbe fortemente ampliato e modificato, in quanto non più costituito soltanto dalle leggi e dai regolamenti amministrativi, e da ogni altra fonte normativa statale, ma anche dalle circolari, che entrerebbero a farne parte».

⁸² Corte costituzionale, sentenza n. 171/2023, paragrafo 6.3 del Considerato in diritto.

⁸³ Riflettendo sulla sentenza in commento una volta cessata la nomina a membro della Corte costituzionale, il giudice relatore, Nicolò Zanon, ha espresso il suo dissenso sulla decisione accolta nella sentenza n. 171/2023, offrendo a supporto della sua opinione argomenti che, come si dirà, paiono condivisibili. A suo avviso, avrebbe dovuto essere giudicata non conforme a Costituzione la «scelta del legislatore di affidare il compito» di individuare il termine di differimento della vaccinazione nel caso contemplato dall'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021 «non già a fonti secondarie, cioè ad atti dotati delle caratteristiche tipiche delle fonti del diritto, ma a circolari amministrative, che sono tutto e il contrario di tutto. Ma che è difficile sistemare ordinatamente e fondatamente tra le vere fonti del diritto». Oltre che per tale argomento “tecnico”, la decisione della Corte costituzionale avrebbe dovuto essere diversa per un argomento definito “culturale”: prendendo le mosse dall'osservazione che «[u]na delle molteplici garanzie associate alla previsione in Costituzione di riserve di legge è che esse sono in grado di assicurare.. la certezza del diritto», l'Autore ha evidenziato che, in presenza di riserve “relative” di legge, «il “residuo” della disciplina non può essere affidato a un atto purchessia, col rischio che quelle finalità di certezza del diritto si affievoliscano o scompaiano del tutto», per poi notare che «[e]sattamente questo accade, invece, se aspetti non secondari di una materia vengono affidati ad un atto quale una circolare amministrativa, adottata al di fuori di qualsivoglia garanzia procedurale e senza che ne sia legislativamente imposta la pubblicazione in Gazzetta ufficiale». Cfr. N. ZANON, *Le opinioni dissenzianti in Corte costituzionale*, cit., pp. 122-123.

permettendo di imputare ultimamente al legislatore la responsabilità dell'intervento realizzato in via amministrativa e ai consociati di conoscere il diritto vigente nell'ordinamento⁸⁴.

Ragionando diversamente, così da escludere che la riserva relativa imponga al legislatore anche i vincoli procedurali e formali anzidetti, porterebbe alla seguente, paradossale, conclusione: che in materia coperta da riserva "relativa" di legge sarebbe permesso al legislatore che affidi parte dell'intervento sostanziale all'amministrazione, di farlo in termini tali da non essergli consentiti in materie estranee alle riserve di legge, nelle quali la fonte primaria è tenuta, in forza del principio di legalità, a conformare formalmente – nel senso sopra precisato – l'azione dell'amministrazione⁸⁵.

Volendo concludere sul punto, pare potersi dire che con la sentenza in esame la Corte costituzionale abbia sì contribuito a normalizzare il periodo legislativo emergenziale, ma, avendo argomentato come ha fatto⁸⁶, abbia ottenuto questo risultato ad un prezzo eccessivo, rappresentato dall'avallo alle poderose spinte in atto alla destrutturazione di quel sistema delle fonti che sarebbe suo compito tutelare.

⁸⁴ In dottrina vi è stato chi si è espresso in senso dubitativo in ordine al fatto che il rinvio della fonte primaria a circolari in materia coperta da riserva di legge integri una violazione della riserva stessa, suggerendo che un simile rinvio debba essere valutato criticamente sul piano della sua ragionevolezza (cfr. S. LEONE, *La salute degli altri*, *op. cit.*, p. 139). Prescindendo in questa sede da qualsiasi considerazione sulla possibilità che il fenomeno descritto si presti ad essere valutato anche alla luce del principio da ultimo citato, si ritiene, per le ragioni indicate nel testo, che il rinvio a circolari in materia coperta da riserva di legge si rivela problematico proprio se esaminato in rapporto alla riserva di legge così come interpretata dalla Corte costituzionale.

⁸⁵ La tesi che il principio di legalità abbia fondamento costituzionale ed esiga almeno una conformità in senso "formale" dell'atto amministrativo alla legge è condivisa dalla dottrina costituzionalistica, sia pure sulla base di argomenti diversi. Cfr. in argomento, riassuntivamente, S. FOIS, *Legalità (principio di)*, *op. cit.*, pp. 689-692, il quale come noto aveva peraltro argomentato in senso contrario alla tesi – avallata invece dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, ancorché con fortune alterne – secondo la quale il principio in questione esigerebbe altresì una conformità in senso "sostanziale" dell'atto amministrativo alla legge.

⁸⁶ Si segnala che il riferimento della disposizione legislativa impugnata alle «*circolari*» avrebbe potuto forse essere inteso come una legittimazione ad adottare (non già, come creduto dal giudice rimettente, atti amministrativi normativi diversi dai regolamenti, e neppure atti amministrativi formalmente non normativi, bensì veri e propri) regolamenti ministeriali: così opinando, si sarebbe potuto ritenere applicabile la procedura prevista dall'ordinamento per questi atti tipici, evitando l'insorgere dei problemi di costituzionalità ai quali si è fatto cenno. Aderendo a questa impostazione, l'eventuale attuazione dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge n. 44/2021 per mezzo di circolari ministeriali adottate in violazione delle procedure legislativamente previste per gli atti normativi sarebbe stata infatti causa della loro illegittimità, non già indice di una non conformità della disposizione legislativa alla riserva di legge di cui all'articolo 32, comma 2, della Costituzione. Simili conseguenze avrebbero potuto interessare le circolari del Ministero della salute del 3 marzo 2021 e del 21 luglio 2021, descritte nell'ordinanza di rimessione come attuative dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge n.44/2021, le quali non risultano essere state adottate sulla base delle procedure previste per gli atti normativi e non sono state oggetto di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale.