

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 4/2023

Data: 4 luglio 2023

***La sentenza n. 14/2023 della Corte Costituzionale: l'obbligo vaccinale è legittimo
solo se serve a prevenire il contagio****

di Carlo Iannello – Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

TITLE: Constitutional Court n. 14/2023: mandatory vaccination is legitimate only if it serves to prevent infection

ABSTRACT: Il contributo studia le numerose ordinanze di rinvio (16) che hanno sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale per i sanitari per la prevenzione del Sars-Cov-2 e le sentenze già state adottate dalla Consulta, soffermandosi in particolare sulla sentenza n. 14 del 2023. Il filo conduttore del saggio è rappresentato dall'analisi della ratio dell'obbligo vaccinale, che la sentenza 14 ha confermato, seppure nell'ambito di una motivazione articolata, che è oggetto di specifico approfondimento.

The contribution studies the massive amount of referral orders (16) to the Constitutional Court on the mandatory vaccination for health workers in order to prevent SARS-Cov-2 infection, and the judgments that have already been adopted by this Court, focusing in particular on judgment no. 14 of 2023. The leitmotif of the essay is represented by the analysis of the ratio of the mandatory vaccination, which the judgment no. 14 has confirmed, although within the framework of an articulated reasoning, which will be deepened.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

KEYWORDS: Vaccinazioni obbligatorie; Personale sanitario; Prevenzione dei contagi da SARS-Cov-2; Sistema Sanitario Nazionale; Fondamenti costituzionali e normativi del Diritto alla salute; Mandatory Vaccination; Health workers; prevent SARS-Cov-2 infection; Italian National Health Service; Constitution and Legal Basis of Health Rights

SOMMARIO: 1. Premessa: «[...] allorquando è in gioco solo la salute del singolo – senza alcuna incidenza diretta su quella di terzi – questi non può essere obbligato a vaccinarsi» (Panunzio). – 2. Le ordinanze sulla legittimità costituzionale della legge impositiva dell’obbligo vaccinale per la prevenzione dell’infezione da Sars-Cov-2. – 3. Le decisioni del 30 novembre 2022 e le ordinanze discusse di cui non si conosce ancora l’esito. – 4. Le insanabili contraddizioni dell’ordinanza di rimessione CGARS. – 4.1. L’ordinanza istruttoria del 17 gennaio 2022 del CGARS. 4.1.1. L’ordinanza di rimessione del 22 marzo 2022. – 5. La sentenza n. 14 del 2023: la Consulta «assolve» il legislatore e non stravolge la razionalità dell’obbligazione vaccinale.

1. Premessa: «[...] allorquando è in gioco solo la salute del singolo – senza alcuna incidenza diretta su quella di terzi – questi non può essere obbligato a vaccinarsi» (Panunzio)

L’obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2¹ ha prodotto sinora 16 questioni di legittimità costituzionale: 12 decise il 30 novembre 2022 (sent. nn. 14, 15 e 16/2023, pubblicate il 9 febbraio scorso); altre discusse il 4 aprile², il 24 maggio³ e il 20 giugno⁴, di cui non si conosce ancora l’esito; infine, un’altra è in decisione il 5 luglio⁵.

¹ La dottrina è stata assente dal dibattito sulle qlc, salvo M. CALAMO SPECCHIA, *Uti singuli v. uti universi. L’obbligo vaccinale anti Covid-19 dinanzi alla Consulta e la sorte del diritto di autodeterminazione*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna on line*, n. 1/2022 (in senso adesivo all’ord. del CGARS; in senso critico, cfr. C. Iannello, *L’interpretatio abrogans dell’art. 32 Cost.*, Napoli, 2022). Anche sulle sentenze del 2023 si segnala disinteresse. Pochi i commenti: cfr. G. Cerrina Feroni, *Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2023; V. BALDINI, *L’emergenza sanitaria: tra stato di eccezione, trasformazione della costituzione e garanzie del pluralismo democratico. Aspetti problematici (e poco convincenti...) della più recente giurisprudenza costituzionale*, ivi, 1/2023. È noto che la pregressa posizione della dottrina è stata quasi unanime nel giustificare, sul piano costituzionale, sia il cd. *green pass* che gli obblighi di vaccinazione per la prevenzione del Sars-Cov-2. (cfr., per tutti, A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Diritti fondamentali*, 2/2021, 170 e ss; un’ampia rassegna delle posizioni in materia si trova in *Nuove autonomie*, 1-2022 che pubblica gli atti di un convegno svoltosi a Palermo sull’ord. istruttoria del CGARS del 17 gennaio).

² Ord. n. 118/2022 sollevata sempre dal CGARS con argomentazioni identiche a quella del 22 marzo 2022, sorta però nell’ambito di un processo attivato da uno psicologo sospeso dall’ordine.

Sul medesimo tema si è in attesa anche della decisione della Corte di Giustizia dell'UE⁶.

Pare opportuno premettere che l'art. 4 del d.l. n. 44/2021, nella sua versione originaria (che riconosceva la possibilità di *repêchage* per il personale sanitario non vaccinato e l'obbligo era soggetto al termine finale del 31 dicembre 2021, nonché alla condizione risolutiva del completamento del piano vaccinale), non ha suscitato dubbi di costituzionalità. I dubbi sono emersi dopo le modifiche del d.l., che hanno reso *automatica* la sospensione del lavoratore (indipendentemente dal *concreto* rischio di contagio), proprio quando l'inefficacia del vaccino per la prevenzione del contagio è stata assunta dai tribunali (da quello siciliano a quello padovano, ma non solo⁷) come un fatto notorio.

L'argomentazione alla base della q/c del CGARS ha destato perplessità. Essa ha concentrato i dubbi sulla sicurezza del vaccino, giustificando il problema *preliminare*, della sua inidoneità a concretizzare una politica di tutela della salute pubblica. Il CGARS, infatti, ha preso atto, «empiricamente», dell'inefficacia del vaccino a impedire la trasmissione del virus. Non ha, tuttavia, sollevato la q/c su tale essenziale (e *preliminare*) aspetto, giustificando anzi – sul punto – la legge: il beneficio per la collettività sussisterebbe anche in caso di inefficacia del vaccino per la prevenzione dell'infezione, perché, riducendo le forme gravi della malattia, diminuisce la «pressione» sugli ospedali.

La capacità del vaccino di agire sulle forme gravi della malattia non può fungere da succedaneo del beneficio per la collettività, perché insiste su un piano diverso da quello della tutela *diretta* della salute dei terzi, cioè delle cure, che sono individuali e volontarie. Se persino il rifiuto della cura salvavita è esercizio di un fondamentale diritto costituzionale (l'art. 32 Cost. nega cittadinanza a un dovere di curarsi), ciò vale tanto più per un trattamento volto a prevenire il *rischio* di una patologia, la cui (eventuale) evoluzione in forme gravi è condizionata da una pluralità di fattori (tra cui l'età e le condizioni di salute).

³ Ord. n. 135/2022, in G.U. 23.11.2022 n. 47, relativa a una q/c sollevata con riferimento alla sospensione di un direttore di un laboratorio antinquinamento non vaccinato (anche se guarito dal Covid), che non aveva contatti con pazienti, non lavorando in un presidio sanitario.

⁴ Ord. n. 136/2022, in G.U. 23.11.2022 n. 47, relativa alla contestazione dell'obbligo rivolto ad un sanitario guarito dal Covid per violazione della riserva di legge in quanto il contenuto dell'obbligo, in generale e in particolar modo per i guariti, sarebbe stato delegato in bianco alle circolari ministeriali.

⁵ Ord. n. 153/2022, in G.U. 4.1.2023 n. 1, che solleva una q/c per disparità di trattamento dato che i lavoratori dei servizi amministrativi del SSN erano obbligati, mentre chi lavorava negli ospedali con appalti esterni no.

⁶ Cfr. G.U. dell'UE 28.3.2022 (Causa C-765/21).

⁷ Ma cfr. anche TAR Lazio, I, n. 2813/2022 nonché la giurisprudenza citata oltre.

In tal modo si pongono le premesse per vanificare la libertà terapeutica: portando l'argomento del CGARS alle sue coerenti conseguenze, curarsi diventerebbe un dovere. Ogni farmaco, per essere stato autorizzato, deve aver dimostrato di curare una patologia, per cui, se assunto correttamente, è idoneo a ridurre la pressione sugli ospedali.

Così ragionando, anche la disfunzione del SSN, la sua disorganizzazione o il suo definanziamento, potrebbero diventare condizioni legittimanti un obbligo di trattamento, facendo diventare del tutto aleatorio anche il controllo sulla legge impositiva dell'obbligo.

In base a quale parametro *oggettivo*, infatti, si potrebbe valutare la «pressione sugli ospedali»? Una cosa è l'*oggettiva* attitudine a bloccare il contagio (scopo di tutela della salute pubblica, con incidenza *diretta* sulla salute dei terzi), altra cosa è una valutazione – *sogettiva*, opinabile e funzione del finanziamento al SSN – del carico sopportato, in un dato momento, dalle strutture ospedaliere (in quale momento, poi? quello in cui sono già cariche? e in quale percentuale? un momento antecedente, dunque, frutto della *previsione* di qualche modello matematico?).

Solo se si resta ancorati all'interpretazione consolidata e corretta, l'esercizio del potere legislativo può essere sottoposto al controllo di costituzionalità e l'art. 32 Cost. può fungere da orientamento per il potere politico.

In sintesi, per risolvere il dubbio di costituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 non serviva, come ha fatto il CGARS, addentrarsi nelle questioni relative alla sicurezza e all'analisi rischio/beneficio del farmaco, per il quale il giurista (come il giudice costituzionale), non è attrezzato⁸.

La questione dell'efficacia del vaccino per la tutela della salute pubblica, dunque, avrebbe dovuto assorbire tutte le altre, lasciando sullo sfondo anche quella relativa alla compatibilità tra autorizzazione condizionata e obbligo, che pure era stata sollevata, con argomentazioni solide, da attenta dottrina⁹, dato che i farmaci autorizzati con tale procedura sono sempre stati rivolti a pazienti

⁸ Il CGARS ha sollevato una questione inerente alla sicurezza individuale (involgente il rapporto rischio/beneficio del farmaco) sulla base degli stessi dati forniti dall'AIFA, cioè sulla base di dati che, se fossero stati interpretati dall'AIFA in tal senso, avrebbero dovuto condurre alla revoca dell'autorizzazione.

⁹ Sul punto cfr. A. MANGIA, *Un raffinato esempio di distinguishing*, in *Nuove Autonomie*, cit., 42, il quale osserva: «Se con una autorizzazione condizionata è possibile fare esattamente quello che si fa con una autorizzazione *standard* (visto che la condizionata non è un *minus*) che ci stanno a fare le autorizzazioni *standard* nel sistema?» e, poco oltre: «in passato queste autorizzazioni sono state impiegate soprattutto nella clinica oncologica a beneficio di pazienti che, in assenza di questi farmaci, avrebbero avuto una aspettativa di vita più limitata. E che comunque potevano esercitare il diritto, costituzionalmente garantito, di rifiutare le cure».

con aspettativa di vita breve e usati su base volontaria (aspetto non emerso in nessuna delle ordinanze sollevate).

La questione della normale tollerabilità degli effetti avversi (requisito di costituzionalità della vaccinazione obbligatoria) sarebbe dovuta venire in causa, logicamente, solo *dopo* aver superato quella, *preliminare* – in quanto relativa al *presupposto* costituzionale dell'obbligo – rappresentata dalla verifica dell'attitudine dell'imposizione a realizzare un obiettivo di tutela della salute pubblica, con incidenza *diretta* sulla salute dei terzi. È opinione consolidata e pacifica in dottrina che «allorquando è in gioco solo la salute del singolo – senza alcuna incidenza *diretta* su quella di terzi – questi non può essere obbligato a vaccinarsi»¹⁰.

In assenza di un tale beneficio per la collettività non si giustifica la compressione dell'autodeterminazione terapeutica, «fondamentale diritto» costituzionale.

La tutela dalle forme gravi della malattia non può integrare un obiettivo costituzionalmente legittimo per imporre un obbligo di trattamento, in quanto non integra una politica di tutela diretta della salute dei terzi, la sola che legittima l'obbligo.

Sarebbe superfluo argomentare in merito, ma la confusione degli ultimi anni rende necessaria qualche precisazione.

La tutela delle forme gravi della malattia inerisce al piano delle cure, dominato dal principio della volontarietà e concerne, logicamente, solo la *popolazione a rischio di forme gravi*, non tutta la popolazione e nemmeno un'intera categoria (composta da giovani, adulti, anziani, soggetti sani e con patologie). La cura è *strutturalmente* incompatibile con l'obbligo, necessitando, al contrario, di una valutazione individualizzata ed è, inoltre, *riservata*, secondo l'insegnamento della Consulta, alla relazione terapeutica¹¹.

¹⁰ S. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, in *Enc. giur.*, 1994, 2, ovvero solo per la «tutela della salute dell'insieme degli altri consociati» secondo D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2018, 43, che esprime il medesimo concetto. Cfr. G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, 256; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1979, 904. 105.

¹¹ Cfr. Corte Cost. n. 282/2002, punto 4: «La pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come *limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica*»

La dottrina¹² ha sempre individuato nella salute come “interesse della collettività” a cui presidio può essere imposto l’obbligo vaccinale, la protezione della *salute dei terzi*, escludendo il perseguimento di *altri* interessi pubblici.

Ampliare questo concetto (fino ad accogliere, come proposto dal CGARS, la riduzione delle ospedalizzazioni) è molto problematico. La funzionalità degli ospedali è senza dubbio un preminente interesse pubblico. Il problema non è *se* garantire tale interesse, ma *come* garantirlo. Per questo scopo non è idoneo l’istituto dell’obbligo, perché esso ha un fine (e una *ratio*) diverso. Se il vaccino non previene la trasmissione dell’infezione, infatti, l’allontanamento del non vaccinato dal SSN, non ha senso. Se con l’obbligo di vaccinazione si dovesse tutelare la funzionalità degli ospedali, cambierebbe l’oggetto della tutela: ad essere tutelato non sarebbe più il pericolo (di contagio) che corrono i fragili, ma la salute del sanitario (che si deve vaccinare perché non si ammali in forma grave e quindi non lasci sguarnito il servizio).

Tale finalità non è perseguibile attraverso lo strumento dell’obbligo di trattamento.

La nozione di tutela della salute pubblica ha un nucleo tradizionale e costante (l’igiene pubblica e la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie), contemplato anche dal c.p., nei reati contro la salute pubblica.

Nel corso del tempo, con l’estendersi dell’idea di salute (stato di benessere fisico, psichico e sociale), i compiti di tutela della salute pubblica si sono ampliati, arrivando a comprendere anche la promozione dell’attività fisica, dell’alimentazione sana, la disincentivazione di stili di vita insalubri (ad esempio, il fumo). Queste politiche intendono prevenire centinaia di migliaia di morti: tanti sono quelli stimati per mancata attività fisica, per alimentazione scorretta, per fumo¹³.

La struttura dell’obbligo è, tuttavia, inadeguata per garantire la realizzazione degli scopi coerenti con una ampia idea di tutela della salute pubblica. Non si può allontanare dal servizio il sanitario che mangi male o che non pratica attività sportiva. Se è giustamente vietato fumare negli ospedali, non è possibile punire il medico che fuma nella propria abitazione con la sospensione dal servizio, anche se ha più probabilità di ammalarsi dei colleghi che non fumano. Lo schema dell’obbligo non è adeguato per questi scopi, nonostante da tutte queste cause (fumo, mancanza di attività fisica,

¹² Da Luciani, a Modugno, a Pezzini, a Panunzio, a Chieffi, a Morana, a Principato, a Plutino, ecc. Cfr. note successive.

¹³ Cfr., ad esempio, *Health effects of dietary risks in 195 countries, 1990–2017: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2017*, in *The Lancet*, April 3, 2019, che stima in 11 milioni le morti attribuibili nel 2017 ad una dieta errata.

dieta non sana) derivino decine di migliaia di morti all'anno e, quindi, un'indubbia pressione sugli ospedali.

Pertanto, una volta ammesso, come fa il CGARS, che il vaccino serve non per proteggere dal contagio ma per prevenire la malattia grave e garantire, di conseguenza, la funzionalità degli ospedali, proprio l'allontanamento del sanitario non vaccinato dal servizio non sarebbe concepibile, perché priva di *ratio*. Se si protegge (non il fragile, ma) la salute del sanitario (perché la sua salute condiziona la funzionalità del SSN), il suo allontanamento dal SSN non avrebbe senso, anzi realizzerebbe proprio ciò che si vorrebbe scongiurare.

È invece del tutto evidente che, ove il vaccino funzioni per prevenire l'infezione, ad essere protetto è *direttamente* la salute dei terzi (i pazienti), e solo in forma *indiretta* altri interessi. In questo caso, l'obbligo sarebbe coerente con la *ratio* consolidata, recepita dal 32 Cost.

In conclusione, l'obbligo, nella sua configurazione consolidata, tutela *direttamente* la salute dei terzi (i fragili), *indirettamente* anche altri beni. La condizione per la sua legittima imposizione resta ancorata alla finalità *diretta*. Ove dovesse mancare, non solo si priverebbe l'obbligo del fondamento, ma il suo schema (la vaccinazione condizione per l'accesso a un determinato luogo) non sarebbe riproducibile.

Il concetto cui si riferisce l'art. 32 Cost. non può che essere quello tradizionale, relativo al contrasto della diffusione delle malattie, perché è termine del bilanciamento con la libertà garantita, che a fronte dell'obbligo viene limitata. L'imposizione dell'obbligo di trattamento sanitario può perseguire solo tale scopo. È la stessa struttura dell'obbligo (o dell'onere) a confermarlo: l'allontanamento dell'inadempiente da un ambito di vita sociale o è coerente con la protezione della *salute dei terzi* (l'allontanamento dei sanitari, nel caso che ci occupa, intendeva proteggere i pazienti), oppure è priva di senso.

Le ordinanze del CGARS (38/2022) e del Tribunale di Padova (76/2022) hanno sollevato, dunque, dubbi di costituzionalità della medesima disposizione (art. 4, d.l. n. 44/2021), sulla base dello stesso parametro (art. 32 Cost.), con ragionamenti opposti. L'ordinanza padovana intendeva far valere l'assenza del *presupposto* costituzionale (il beneficio per la salute dei terzi); quella siciliana, invece, ne affermava, comunque sia, la sussistenza, accendendo i riflettori sulla sicurezza del farmaco.

Esse sono state, tuttavia, esaminate in sentenze diverse (la n. 14 e la n. 15/2023).

L'ordinanza n. 38 è stata oggetto di un giudicato autonomo, mentre la n. 76 è stata decisa con le altre 9 che nascevano da casi di sanitari che richiedevano il reintegro e le retribuzioni non corrisposte, in cui erano evocati diversi parametri di legittimità costituzionale (art. 2, 4, 36 Cost., lo stesso 32 Cost., ma richiamato per altri aspetti); così, l'argomento del Tribunale di Padova non ha rappresentato l'elemento principale dell'attenzione della Consulta.

La Consulta ha risposto all'ordinanza n. 38/2022 del CGARS in modo articolato.

Senza anticipare le conclusioni, mi pare il caso di spendere una riflessione sulle sentenze n. 14 e n. 15/2023.

La sentenza n. 14, sebbene nell'ambito di una motivazione non priva di acrobazie, non ha dato spazio al presupposto su cui il CGARS¹⁴ fondava il proprio ragionamento, idoneo a scardinare la razionalità dell'obbligo vaccinale. Acrobazie interpretative¹⁵ perché la Consulta ha fatto ricorso ad un *artificio*: esaminare la qlc alla luce dei dati disponibili dal legislatore «al momento» dell'imposizione dell'obbligo e non *al momento* della decisione¹⁶. Addirittura, la circostanza che la legge fosse stata abrogata *al momento* dell'adozione della sentenza (per cui i sanitari non vaccinati erano rientrati al lavoro nel momento in cui la Consulta ha deciso) è diventata un motivo a sostegno della sua legittimità¹⁷. Inedito argomento. Il sottotesto è il seguente: se la legge fosse stata in vigore, la Consulta si sarebbe dovuta confrontare con i dati attuali per valutare la legittimità di compressioni di diritti fondamentali che (senza l'abrogazione) sarebbero state ancora in atto, in quanto i sanitari non vaccinati sarebbero risultati, «al momento» del giudizio costituzionale, sospesi dal servizio.

Un'argomentazione articolata ha bisogno di una valutazione articolata. È per questo motivo che la lettura della sentenza n. 14/2023, come quella delle ordinanze, è *critica*, nel senso autentico del

¹⁴ La riduzione della «pressione sugli ospedali» come surrogato del beneficio per la collettività; argomento del dibattito pubblico di quei giorni che si ritrova anche in TAR Lazio, I, n. 2813/2022; Trib. Rovereto, sez. lav., n. 57/2022.

¹⁵ Sul punto cfr. nota 83. Anche il modo in cui la Consulta ha superato lo scenario relativo alla variante Omicron è degno di nota. Cfr. Corte cost. n. 14/2023, punto 10.2: «Al di là della fisiologica eterogeneità delle risposte immunitarie dei singoli individui e della maggiore capacità della variante Omicron di eludere l'immunità rispetto alle varianti precedenti [...] L'ISS chiarisce che «anche se l'efficacia vaccinale non è pari al 100%, ma del resto nessun vaccino ha una tale efficacia, l'elevata circolazione del virus SARS-CoV-2 rende comunque rilevante la quota di casi prevenibile».

¹⁶ La Consulta ripete spesso locuzioni del tipo: «rispetto alle conoscenze medico-scientifiche *del momento*», «*in quel momento storico*», «*a quel tempo*». Nelle decisioni in cui la Consulta si è confrontata con questioni mediche, i dati di cui disponeva il legislatore erano attuali al momento della decisione: cfr. Corte Cost. n. 282/2002; n. 151/2009; n. 164/2014, n. 5/2018.

¹⁷ Cfr. Corte Cost. n. 14/2023, punto 8.2.

termine. Si tenta di *discernere* le statuizioni che *confermano* la *ratio* dell'obbligo vaccinale, da quelle che, invece, non hanno consentito, a questa stessa *ratio*, di spiegare i propri effetti pratici nel caso di specie.

Una valutazione più netta, invece, merita la sentenza n. 15, non solo perché ha lasciato sullo sfondo la limpida argomentazione del Tribunale di Padova, dando ingresso, seppure in un infelice *obiter dictum*, a un elemento che, allontanandosi dalla *ratio* dell'art. 32 Cost., potrebbe essere inteso come una lancia spezzata a favore dell'allargamento della nozione di beneficio per la collettiva proposto dal CGARS¹⁸; ma anche per il modo in cui ha giustificato il bilanciamento tra le posizioni giuridiche contrastanti, in cui una, la libertà di cura, ha ricevuto un riconoscimento meramente formale, ma nella sostanza è stata vanificata.

2. Le ordinanze sulla legittimità costituzionale della legge impositiva dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da Sars-Cov-2

Prima di passare all'analisi della sentenza n. 14/2023¹⁹ è opportuno tracciare un quadro d'insieme²⁰ e formulare alcune osservazioni sulle peculiarità di queste ordinanze nell'ambito della pregressa giurisprudenza costituzionale in materia.

Infatti, sebbene ognuna riguardi casi specifici e, nonostante i giudici remittenti abbiano sollevato una pluralità di qlc con riferimento a molti parametri costituzionali (articoli 2, 3, 4, 36, 32 Cost.), le ordinanze hanno un tratto in comune: per la prima volta sono state sollevate numerose qlc *tutte*

¹⁸ Cfr. Corte Cost. n. 15/2023, punto 11.3, ove si legge: «[...] [il tampone] sarebbe stato del tutto inidoneo a prevenire la malattia (specie grave) degli stessi operatori, con il conseguente rischio di compromettere il funzionamento del SSN». Lo scopo della prevenzione dei contagi non può cedere il passo a quello di impedire che il sanitario si ammali, salvo allontanarsi non solo dalla *ratio* dell'obbligo (la prevenzione del contagio), ma dalla stessa logica elementare. Se lo scopo perseguito fosse quello di preservare il SSN, che senso avrebbe impedire al dipendente non vaccinato di prestare la propria opera a favore di quel servizio che il cui funzionamento dovrebbe preservare? L'argomento contenuto nella sentenza n. 15, se non coincide con quello del CGARS, apre anch'esso la strada a uno stravolgimento del presupposto costituzionale dell'obbligo (il perseguimento di un obiettivo di salute pubblica che abbia un'incidenza *diretta* sulla salute dei terzi). Su tale aspetto critico della sentenza n. 15/2023 cfr. le argomentazioni svolte oltre nel testo.

¹⁹ Ancora non commentata. Cfr. la nota n. 1.

²⁰ Sul punto cfr. i paragrafi successivi. In tema, C. IANNELLO, *L'interpretatio abrogans*, cit., nonché Id., *Oltre il covid. Verso l'obbligo di cura per i sani?*, in *Diritti fondamentali*, 2022.

volte a contestare o l'impianto stesso dell'obbligo vaccinale o la costituzionalità delle conseguenze discendenti dal suo inadempimento.

Non che il numero sia di per sé rilevante. In questo caso è indicativo perché *tutte* le vicende processuali da cui queste ordinanze sono scaturite riguardano giudizi instaurati da cittadini che hanno contestato la legittimità dell'obbligo. Nel passato, invece, la Corte ha prodotto una giurisprudenza sui danni da vaccino perché chiamata in causa dopo l'adempimento *spontaneo* dell'obbligo, a seguito dei danni subiti²¹.

L'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da Sars-Cov-2, dunque, ha posto alla Consulta questioni nuove: la costituzionalità dell'obbligo stesso con riferimento al parametro di cui all'art. 32 Cost. (come fatto dal CGARS e dal tribunale di Padova, seppure con motivazioni opposte, come accennato); la costituzionalità della rigidità²² delle conseguenze derivanti dal mancato adempimento dell'obbligo (sospensione dall'ordine o dal lavoro senza una valutazione concreta sul rischio di contagio), sulla base degli articoli 2, 3, 4, 36 e 32 Cost.

Questa novità si lega alla discontinuità rappresentata dalle normative in tema di obbligo e onere vaccinale adottate per contrastare l'infezione da Sars-Cov-2 rispetto al *diritto tradizionale* in materia. A cominciare dal periodo liberale e fino all'emergenza da Sars-Cov-2 in tema di vaccinazioni obbligatorie sono sempre state adottate discipline omogenee²³, sebbene nel periodo pre-repubblicano non vi fosse – certamente non in Italia – alcuna attenzione per la libertà di cura (in quanto il modello era di stampo paternalistico-autoritario, volto alla tutela della sola salute pubblica, e la salute individuale era concepita un *dovere* del singolo nei confronti della collettività²⁴).

²¹ Cfr. Corte Cost. 307/1990; Corte Cost. n.118/1996; Corte cost. n. 268/2017. In passato si era arrivati in Corte dopo l'adempimento *spontaneo* di un obbligo, quasi mai per contestarne la legittimità (cioè per far dichiarare legittimo il rifiuto). Anche Corte cost. n. 5/2018, sorta *in via principale*, è in linea con la considerazione svolta. Il dato comune alla vicenda Covid è che nel 2017 si creò un movimento di opinione contrario alla legge. Tuttavia, nessuna questione sul d.l. 73 è stata sollevata *in via incidentale*, ad esempio, in un procedimento relativo a una sanzione per inadempimento dell'obbligo. Segno che i contrari all'obbligo o hanno accettato la vaccinazione oppure la sanzione. Prima del 2023, le questioni miravano alla censura della mancata previsione di un indennizzo per il caso di effetti avversi gravi, non dell'obbligo in quanto tale. Le questioni di diritto poste dai tribunali, questa volta, hanno chiamato la Corte a pronunciarsi *direttamente* sui presupposti costituzionali dell'obbligo.

²² La l. n. 292/1963, ad esempio, all'art. 1, comma 2, ha previsto l'obbligo «a partire dalle nuove leve di lavoro».

²³ In Italia la vaccinazione obbligatoria fu introdotta con il R. D. n. 1265/1934 (antivaioiosa). Poi, la l. n. 891/1939, ha previsto l'obbligatorietà della vaccinazione antidifterica.

²⁴ *Dovere alla salute strumentale all'adempimento degli altri doveri che gravavano sul suddito dell'epoca: fare prole, lavorare, fare il militare.* Sul punto cfr. L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. Dir.*, 1997, p. 596 e ss.; R. ROMBOLI, *Art. 5, Persone fisiche*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja G. Branca, Bologna-Roma, 1988, 225 ss.

In tale lungo arco temporale, a dispetto delle profonde differenze istituzionali, è tuttavia possibile rintracciare un nucleo comune di tali politiche: al mancato adempimento dell'obbligo (o dell'onere) è sempre stata collegata la 'sanzione' dell'esclusione da *una* sola attività della vita sociale²⁵ e, quando l'obbligo è stato previsto per una determinata attività lavorativa, con valenza solo per i nuovi assunti²⁶.

Nel periodo pandemico, invece, il combinato disposto dell'obbligo e dell'onere vaccinale (cd. certificato verde, specie nella sua seconda versione) ha ribaltato l'approccio tradizionale: si è capovolto il rapporto tra la regola (la libertà) e l'eccezione (la sua limitazione). In assenza di vaccinazione, infatti, sono stati preclusi lavoro, retribuzione e partecipazione alla vita sociale.

Con riferimento all'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2, per la prima volta²⁷, numerosi cittadini hanno chiesto una pronuncia che dichiarasse la legittimità del *rifiuto* di adempiere l'obbligo; pronuncia, in alcuni casi, adottata direttamente dai giudici di merito, senza passare per la proposizione della qlc²⁸.

L'alto numero di ordinanze di rimessione è, pertanto, significativo (perlomeno, di un fatto sociale). Si deve anche tener conto che fino al 22 marzo 2022 c'è stato un granitico orientamento volto rigettare le eccezioni di incostituzionalità²⁹ e che spesso i giudici di merito hanno accolto *direttamente* le censure di costituzionalità³⁰. Nonostante ciò, si contano più qlc per l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 (16), rimasto in vigore dall'aprile 2021 al 1° novembre 2022, rispetto a tutte quelle sollevate dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi, con riferimento a tutti gli obblighi vaccinali, pediatrici e no, che si sono succeduti.

²⁵ Peraltro, le leggi impositive dell'obbligo, anche del periodo pre-repubblicano, erano attente a rispettare il principio di non retroattività della legge. La l. n. 891/1939 (vaccinazione antidifteritica) si applicava «*per la prima ammissione alle scuole primarie*» (art. 3, comma 1).

²⁶ Cfr., inoltre, la stessa legge sulla vaccinazione antitetanica nei luoghi di lavoro del 1963 e la nota n. 21.

²⁷ In pochi precedenti le qlc hanno riguardato un rifiuto di vaccinazione e la Consulta non è entrata nel merito; cfr. sentenza n. 142/1983, n. 258/1994 sul vaccino per l'epatite di tipo B (in cui si invocavano esami per la mitigazione del rischio di effetti avversi); ord. n. 262/2004 relativa al rifiuto di una vaccinazione pediatrica perché il vaccino disponibile sarebbe stato a breve ritirato dal commercio.

²⁸ Si veda, dopo le sentenze del 2023 della Consulta, Trib. pen. mil. Napoli del 10.3.2023 che qualifica la propria interpretazione come «costituzionalmente orientata»; Trib. Firenze 27.3.2023, che disapplica la disposizione per contrasto con il diritto europeo.

²⁹ Cfr., Cons. St., sez. III, n. 7045/2021; Cass. pen. n. 14275/2022., Cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, n. 261/2021; Cons. St., sez. III, n. 8454/2021; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 109/2022; Cons. St., sez. III, n. 583/2022; Tar Veneto, III, n. 1548/2022; Cons. St., III, 9948/2021; Trib. Genova 20 dicembre 2021.

³⁰ Attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate: cfr. nota n. 28.

3. Le decisioni del 30 novembre 2022 e le ordinanze discusse di cui non si conosce ancora l'esito

Pare opportuno dare sinteticamente conto delle altre due decisioni del 30 novembre e, per avere un quadro d'insieme, accennare al contenuto di due ordinanze decise il 24 maggio e il 20 giugno, di cui al momento non si conoscono ancora gli esiti.

La sentenza n. 16/2023 ha dichiarato inammissibile, per ragioni processuali, la questione sollevata dal Tar Lombardia, relativo a una psicologa che lavorava con clienti d'oltreoceano, sospesa dall'albo perché non vaccinata, con conseguente impossibilità di continuare ad esercitare le terapie anche solo da remoto.

Il TAR dubitava della ragionevolezza di una legge che inibiva attività prive di rischio di contagio. L'inammissibilità è motivata dalla circostanza che il TAR è stato considerato carente di giurisdizione³¹.

Così facendo, la Consulta ha lasciato aperto il problema della costituzionalità della legge ed ha posto le premesse per una moltiplicazione dei ricorsi: non solo la psicologa lombarda potrà riprendere il giudizio e sollevare nuovamente la q/c, ma ha rimesso in termine gli altri sospesi dagli ordini, i quali potranno ricorrere al g.o. entro il lungo termine di prescrizione dei diritti, cioè ben oltre il termine decadenziale (di 60 giorni, già spirato).

Con la dichiarazione di inammissibilità, inoltre, la Consulta non è entrata nel merito di una questione che pone serissimi dubbi sulla proporzionalità della disciplina: la sospensione di una psicologa non vaccinata anche dal lavoro *da remoto* non ha alcuna relazione con la «finalità perseguita» (Corte Cost. n. 14/2023, punto 9) dalla legge, cioè la prevenzione della diffusione del contagio, al di là da ogni questione circa efficacia e sicurezza del vaccino.

La sentenza n. 15/2023 ha riunito 10 ordinanze sollevate dai tribunali di Brescia, Catania, Padova e dal TAR Lombardia, ai quali si erano rivolti lavoratori del SSN sospesi dal lavoro e dalla retribuzione.

I tribunali remittenti hanno dubitato della costituzionalità della sospensione dal servizio con perdita della retribuzione, non compensata nemmeno da un assegno alimentare. Questa decisione

³¹ Cass. civ., sez. un., ord. n. 28429/2022; cfr., inoltre, Cons. St. n. 8434/2022.

ribadisce un elemento essenziale: chi non si vaccina esercita un diritto fondamentale³², per cui la scelta di non vaccinarsi, afferma la Consulta, è «legittima»³³. Conseguentemente, la sospensione non può essere intesa come una sanzione: non si può essere puniti per esercitare un diritto «fondamentale». Ciò non comporta, tuttavia, secondo la Corte, la censurabilità della sospensione dal servizio e dalla retribuzione. Il ragionamento è impostato in termini privatistici (a causa dell'interruzione del sinallagma contrattuale, viene meno il diritto alla retribuzione) e resta confinato in tale visione, senza abbracciare il legame fra principio personalista, lavorista, esistenza libera e dignitosa assicurata (al lavoratore e alla sua famiglia) dalla retribuzione e, infine, l'argine del *rispetto della persona umana* – limite invalicabile imposto alla legge – che *comprende* la dignità, senza esaurirsi in essa³⁴.

Le ordinanze di rimessione sottoponevano all'attenzione della Consulta anche la mancata previsione di un assegno alimentare.

Pure su questo aspetto la risposta è stata affidata al diritto civile. La corresponsione dell'assegno alimentare è accollata al datore di lavoro in quanto è sua la scelta di sospendere cautelativamente il lavoratore (in caso di procedimento disciplinare o penale), per cui ne sostiene il peso economico. Nel caso della mancata vaccinazione, invece, ha osservato la Corte, la sospensione è una conseguenza *automatica* prevista dalla legge. Di qui l'impossibilità di intervenire in una questione (su chi far gravare l'onere dell'assegno) che non è a rime obbligate³⁵.

Se è condivisibile il richiamo alla limitatezza dei poteri del Giudice delle Leggi, si deve osservare che il ragionamento, al di fuori della logica privatistica, perde coerenza. La Consulta, infatti, riconosce nel rifiuto di vaccinarsi l'esercizio di un diritto fondamentale da cui fa discendere la natura non sanzionatoria della sospensione, motivando il suo mancato intervento correttivo in merito all'assegno alimentare in base alla non congruità del termine di paragone proposto. Restando rigorosamente ancorati allo stesso ragionamento sviluppato nella decisione della Consulta, appare

³² Cfr., fra i tanti passaggi, il punto 12.2.

³³ Punto 14.5.

³⁴ Cfr., sul punto, S. RODOTÀ, *La dignità della persona umana*, lezione del 14 gennaio 2011 in www.unipd.it: «Prima s'era scritto della dignità, ma la dignità è sembrata in quel momento una parzialità: la dignità è una qualità della persona insieme ad altre – la libertà, l'eguaglianza: si è voluta dare un'indicazione più forte, richiamando nella sua totalità la persona umana da rispettare».

³⁵ Cfr. il punto 14.5. della decisione in cui la Consulta osserva: «rimane smentita la conclusione che configuri quale soluzione costituzionalmente obbligata l'accollo al datore di lavoro della erogazione solidaristica [...] di una provvidenza di natura assistenziale, esulante dai diritti di lavoro, atta a garantire la soddisfazione delle esigenze di vita del dipendente e della sua famiglia».

evidente che la sospensione del lavoratore (perlomeno da quando è conseguenza *automatica* della mancata vaccinazione, senza possibilità di valutazione, *in concreto*, del pericolo di contagio) non è proporzionata, comprimendo, oltre il necessario, un diritto fondamentale. Ci si sarebbe potuti attendere, pertanto, almeno un richiamo al legislatore *pro futuro*, che la Corte fa spesso proprio quando la soluzione non è costituzionalmente obbligata; un richiamo indirizzato a mettere in luce la necessità di bilanciare *anche* la dignità (o meglio, la sussistenza, prima ancora che l'«esistenza libera e dignitosa») di un lavoratore che opera una scelta «legittima», espressione di un «fondamentale» diritto.

Questa decisione, insomma, sconta la difficoltà di uscire dal recinto privatistico per affrontare una riflessione sul significato costituzionale della retribuzione, sul fondamento lavorista della Repubblica e sul rispetto della persona umana. Una riflessione che, senza nemmeno pretendere di risolvere il problema della conciliazione di una sospensione ‘non-sanzione’ con la dignità del lavoratore (che, per definizione, vive del suo stipendio), almeno lo ponga. Perdere la retribuzione può essere conseguenza persino più dura della privazione della libertà personale.

Un rifiuto – *legittimo* esercizio di un «fondamentale diritto» – diventa, così, privo di ogni concreta forma di tutela, con la conseguenza che tale diritto (ribadito dalla Consulta), finisce per farne interamente le spese, fino a scomparire dal bilanciamento. Ad assumere una dimensione assoluta (o tirannica) non è nemmeno un altro diritto ma un interesse pubblico (quello della collettività alla tutela della salute pubblica)³⁶.

La libertà di auto-determinazione rispetto alle cure rischia così di diventare un guscio vuoto, perdendo il carattere di indisponibilità assicurato dal controlimito, per diventare nozione meramente legislativa, plasmabile dal potere. Come ai tempi del positivismo ottocentesco, quando il contenuto dei diritti era interamente modellabile dalla legge.

Il *repêchage*, originariamente previsto e frettolosamente eliminato, cercava non solo di bilanciare i contrapposti interessi (del singolo e della collettività), ma anche di garantire la *proporzionalità* della disciplina, assicurando coerenza tra fine dichiarato e strumenti adottati. La sospensione automatica, senza cioè una valutazione del *concreto* pericolo epidemiologico,

³⁶ Sebbene ogni interesse pubblico abbia alla base individuali interessi dei cittadini, esso si riferisce sempre alla popolazione, non al singolo. L'interesse pubblico è sempre riferito all'intera popolazione (o a sue parti), sebbene sia evidentemente una somma dei tanti interessi individuali (che sono tutelati, quindi, in via solo indiretta). Il diritto è, invece, la tutela di un interesse individuale, che l'ordinamento garantisce al singolo *in via diretta*.

contrasta, invece, allo stesso tempo, con l'autodeterminazione alle cure e con il principio di proporzionalità.

Il tutto, peraltro, come emerge dalle stesse decisioni 14 e 15, sulla base di dati considerati *superati* dalla stessa Consulta, che ha fatto valere, per 'giustificare' l'operato del legislatore, sia nella sentenza n. 14 che nella 15, quelli forniti dalle autorità di settore «al momento» dell'approvazione dell'obbligo, avendo sposato l'assunto dei remittenti (mai revocato in dubbio), che il vaccino non influiva sulla prevenzione del contagio. Il che equivale a porre in dubbio che queste politiche abbiano *effettivamente* perseguito quell'obiettivo di tutela della salute dei terzi (contrasto del contagio) che la legge prescriveva (la «finalità perseguita» - Corte Cost. n. 14/2023, punto 9) e che la Consulta stessa continua *giustamente* a ritenere il presupposto indefettibile dell'obbligo vaccinale.

Infine, come accennato, nella sentenza n. 15/2023 si è assistito anche ad un deragliamento dalla *ratio* dell'obbligo vaccinale, per ironia della sorte, proprio nella decisione che avrebbe dovuto rispondere alle argomentazioni del Tribunale di Padova, limpidamente ancorate sulla lettura consolidata dell'art. 32 Cost. Ammettere, al fine di escludere la praticabilità del tampone come misura alternativa, sia pur in un infelice *obiter dictum*, che la funzione di una vaccinazione che non impedisce il contagio possa essere quella di «prevenire la malattia (specie grave) degli stessi operatori», per evitare il «rischio di compromettere il funzionamento del SSN», significa deragliare dalla *ratio iuris*, che ha il suo primo fondamento nella razionalità *tout court*³⁷. Se lo scopo della vaccinazione non fosse quello di prevenire il contagio (finalità peraltro ribadita dalla 14 e dalla stessa 15), ma quello di assicurare la funzionalità del SSN, in base a quale logica si sospenderebbe il lavoratore da quel servizio la cui funzionalità dovrebbe garantire non ammalandosi? Un *obiter dictum* infelice, appunto³⁸.

³⁷ Cfr. M. T. Cicerone, *De legibus*, 1, 18-19: «*Lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio, cum est in hominis mente confirmata et perfecta, lex est*».

³⁸ La finalità dell'obbligo, chiarita dal d.l. n. 44/2021 e dal piano vaccinale, confermata da Corte n. cost. 14/2023 e n. 15/2023, fatta eccezione per questo *obiter*, è correttamente individuata nella prevenzione dal contagio per la protezione dei pazienti (fragili per definizione); l'obbligo riguardava inizialmente una sola categoria, il personale sanitario; il *green pass*, al contrario, fungeva incentivo ('spinta gentile') alla sottoposizione al trattamento perché rivolto all'intera popolazione. Il legislatore non intendeva proteggere il personale sanitario non vaccinato, del quale anzi imponeva la sospensione, coerentemente con la «finalità perseguita» dalla legge (protezione dei fragili). La finalità assunta in tale *obiter* è, quindi, al di fuori del modello.

Una questione molto simile a quella affrontata dalla sentenza n. 16/2023 è stata proposta dal Tribunale di Genova³⁹: la sospensione dall'albo dei chimici di un direttore di un laboratorio di analisi anti-inquinamento che, nello svolgimento del suo lavoro, non aveva alcun contatto con pazienti. Il Tribunale, prendendo atto che la vaccinazione è considerata, dalla legge impositiva dell'obbligo, condizione per l'esercizio della professione la cui mancanza è equiparata all'assenza di un requisito (come se mancasse il titolo di studio), senza che sia possibile effettuare, in concreto, alcuna valutazione sul tipo di mansioni svolte (a seconda che comportino o meno contatto con i pazienti), ha sollevato la q/c, decisa il 24 maggio scorso, in base a una pluralità di parametri costituzionali (artt. 3, 4, 36, 32 Cost.).

Sebbene la questione proposta non costruisca la sua motivazione sull'efficacia e sulla sicurezza dei vaccini, che lo stesso giudice aveva anzi respinto⁴⁰, essa si segnala anche perché, nel caso di specie, il soggetto obbligato aveva già contratto la malattia da Covid 19.

Anche l'altra q/c, decisa il 20 giugno, si inserisce nel tema della vaccinazione dei guariti, che irrompe in modo *diretto* attraverso la questione giuridica sollevata: il rispetto della riserva di legge⁴¹ (assoluta o relativa che sia) sancita dall'art. 32, II comma Cost. Il Tribunale di Padova dubita che sia stata rispettata tale garanzia, in virtù dell'ampio potere attribuito alle circolari del Ministro della Salute nella determinazione del *contenuto* dell'obbligo, *proprio* con riferimento all'ipotesi di vaccinazione dei guariti⁴².

Secondo il Tribunale di Padova è stata delegata «alle circolari del Ministero della salute la disciplina delle indicazioni e dei termini della vaccinazione cui sono obbligati gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, in generale ed anche nel caso di intervenuta guarigione dal virus».

La questione riguarda, pertanto, la funzione della garanzia formale, la riserva di legge, ma è strettamente collegata al tema clinico della vaccinazione dei *guariti*, ponendo la questione della sussistenza di un *apprezzabile* vantaggio per la salute pubblica (non della loro volontaria

³⁹ Ord. n. 135/2022, in G.U. 23.11.2022 n. 47.

⁴⁰ Come osserva il Trib. Genova nell'ord. di rinvio: «Questo stesso giudice, con ord. 20 dicembre 2021 ha dichiarato manifestamente infondata la q/c fondata su tali doglianze, ritenendo che - in fatto - i ricorrenti non avessero provato le gravi affermazioni circa l'inutilità o dannosità dei vaccini COVID-19».

⁴¹ Sulla questione si è da poco espressa la Consulta (Corte cost. n. 25/2023) accogliendo i dubbi sollevati dal Trib. pen. mil. Napoli, con riferimento alla violazione della garanzia della riserva di legge. Sulla decisione non si segnalano, per il momento, commenti.

⁴² Anche su questa ord. non esistono commenti in dottrina. Fa eccezione il mio *L'interpretatio abrogans dell'art. 32 della Costituzione*, cit., in appendice.

vaccinazione, ma) dell'imposizione *dell'obbligo*. Quale vantaggio per la salute collettiva giustifica una così radicale compressione dell'autodeterminazione alle cure (sospensione dal lavoro), in soggetti già immunizzati⁴³?

4. Le insanabili contraddizioni dell'ordinanza di rimessione CGARS

Come osservato, la sentenza n. 14/2023 è di non fondatezza.

Le censure mosse dal CGARS sono state varie. Alcune hanno riguardato aspetti sui quali non ci si sofferma in questa sede, come il ruolo del medico di famiglia e la necessità di sottoscrivere un consenso informato nonostante l'obbligatorietà. Il cuore del ragionamento del CGARS ha riguardato la sicurezza dei vaccini, cui si è giunti dopo un tentativo di decostruzione della necessità (logica, prima ancora che giuridica) che tali vaccini debbano svolgere una funzione preventiva del contagio per poter essere oggetto di imposizione.

L'ordinanza del CGARS, mentre puntava a censurare la legittimità della legge in tema di obbligo vaccinale sul piano della sicurezza (fornendo, peraltro, a sostegno i dati dell'AIFA, cioè del soggetto cui spetta la farmacovigilanza), fondava il suo ragionamento su un'interpretazione del *presupposto* costituzionale dell'obbligo vaccinale (il beneficio per la salute dei terzi) così lontano dall'art. 32 Cost., che avrebbe potuto, ove fosse stata avallata dalla Consulta, porre le premesse per ribaltarne la *ratio*, con il rischio di far retroagire la libertà di cura a scenari pre-costituzionali⁴⁴, quando cioè la salute era considerata un *dovere* del cittadino nei confronti dello Stato.

Pare, dunque, opportuno dare conto delle tappe che hanno condotto all'ordinanza di rinvio.

⁴³ Nella sentenza 14 la Consulta ha osservato, a proposito dello scenario Omicron, che non esiste vaccino efficace al 100%. Lo stesso ragionamento vale anche per l'immunità naturale.

⁴⁴ Si rinvia nuovamente al mio mio *L'interpretaio abrogans*, cit.

4.1. L'ordinanza istruttoria del 17 gennaio 2022 del CGARS

Il caso sottoposto all'esame del CGARS riguarda uno studente delle professioni sanitarie escluso dal Rettore dell'Università di Palermo dal tirocinio per non essersi vaccinato, con provvedimento del 27 aprile 2021.

La difesa dello studente faceva valere, in sede di giudizio amministrativo⁴⁵, una serie di censure, compresa la non applicabilità dell'obbligo vaccinale, per due ragioni. Una formale, perché tale obbligo è stato esteso ai tirocinanti solo successivamente al provvedimento del Rettore, con d.l. n. 172/2021; una sostanziale, perché lo studente era guarito dal Covid, quindi, immunizzato.

Sebbene si condivida la tesi⁴⁶ per cui lo studente non poteva considerarsi destinatario dell'obbligo (una restrizione delle libertà non può derivare da un'interpretazione estensiva), tale argomentazione non ha convinto né il TAR, né il CGARS.

Nemmeno l'insussistenza di un beneficio per la salute dei terzi dell'obbligo di vaccinazione rivolto anche ai guariti ha convinto il CGARS⁴⁷, che ha tuttavia adottato un'ordinanza istruttoria, al fine di acquisire elementi per valutare la non manifesta infondatezza. Con tale ordinanza del 17 gennaio 2022 ha nominato un collegio di esperti⁴⁸ cui ha rivolto una serie di quesiti su sicurezza ed efficacia del farmaco, sulla farmacovigilanza, sul ruolo del medico di famiglia e sulle modalità di raccolta del consenso informato.

Nell'ordinanza istruttoria, il CGARS aveva posto un quesito specifico sull'efficacia del vaccino nel prevenire il contagio⁴⁹. Sino a tale data, infatti, la giurisprudenza era stata ferma nel ribadire il consolidato presupposto della vaccinazione: le qle dell'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 erano state respinte *confutando* le allegazioni delle parti ricorrenti sull'inefficacia del vaccino nel prevenire il contagio, in formale coerenza con la *ratio* dell'obbligo vaccinale.

Si legge, ad esempio, nella sentenza 7045, III sezione, Consiglio di Stato che:

⁴⁵ Tar Sicilia, sez. I, ord. n. 1309/2021.

⁴⁶ G. VERDE, *Questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021*, in *Nuove Autonomie*, 2022, 25 e ss.; E. CAVASINO, *Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio a quo e giudizio di legittimità costituzionale*, ivi, 207 e ss.; A. ZITO, *Pandemia ed obbligo vaccinale: lo stato dell'arte del dibattito dottrinale*, ivi, 262 e ss.

⁴⁷ Cfr. punto 18.6. dell'ord. di rimessione.

⁴⁸ Composto dal Segr. Gen. del Ministero della Salute, dal Pres. del Cons. sup. san. presso il Ministero della salute e dal Direttore della Dir. gen. di prevenzione sanitaria.

⁴⁹ Cfr. la domanda 3.1. con cui si chiede «la trasmissione dei dati attualmente raccolti dall'amministrazione in ordine all'efficacia dei vaccini, con specifico riferimento al numero dei vaccinati che risultino essere stati egualmente contagiati dal virus (ceppo originario e/o varianti), sia il totale sia i numeri parziali di vaccinati con una due e tre dosi».

«[...] la posizione della comunità scientifica internazionale, alla luce delle ricerche più recenti, è nel senso che la fase di eliminazione virale nasofaringea, nel gruppo dei vaccinati, è tanto breve da apparire quasi impercettibile, *con sostanziale esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati*»⁵⁰.

Affermazione importante non per il dato che certifica, ma in quanto ci dà il conto di come la prevenzione del contagio sia elemento *indefettibile* della legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale. Il collegio lo ribadisce nonostante fosse revocato in dubbio dalle allegazioni dei ricorrenti e dalla percezione comune⁵¹.

Questo aspetto della inidoneità del farmaco a prevenire il contagio assume una posizione centrale anche nell'ordinanza *istruttoria* del CGARS⁵². Fino a tale momento, lo stesso CGARS era rimasto, dunque, saldamente ancorato alla *ratio* dell'obbligo vaccinale.

4.1.1. L'ordinanza di rimessione del 22 marzo 2022

Pare opportuna una considerazione sulla *ratio* dell'obbligo vaccinale, che serva da cornice alle argomentazioni del CGARS e alla risposta della Consulta.

Un ordinamento liberal-democratico è perfettamente compatibile con l'assenza di obblighi vaccinali. L'assenza di obbligo non comprime alcuna libertà. Negli ordinamenti che seguono questo principio di libertà (cito, per tutti, la Spagna), confermato anche in occasione dell'epidemia da Sars-Cov-2, la vaccinazione si configura come una pratica terapeutica, eventualmente raccomandata, lasciata alla libera scelta individuale (peraltro, osservata dalla popolazione in modo più diffuso che nei paesi in cui c'è l'obbligo, come proprio l'esempio della Spagna, sia per il Sars-Cov-2 che per le vaccinazioni pediatriche, dimostra).

⁵⁰ Punto 27.9. (corsivo mio).

⁵¹ Così, sempre nel 2022, Cons. St., decr. Pres., III sez. n. 583/2022. Cfr. una delle riviste più rigorose: Carlos FRANCO-PAREDES, *Transmissibility of SARS-CoV-2 among fully vaccinated individuals* in "The Lancet", 22 gennaio 2022, n. 16, in cui si legge: «the impact of vaccination on community transmission of circulating variants of SARS-CoV-2 appeared to be not significantly different from the impact among unvaccinated people».

⁵² Ord. istruttoria del CGARS del 17 gennaio 2022. Cfr. anche il punto 8.1.

Ciò che deve trovare una giustificazione è l'imposizione dell'obbligo, trattandosi di una misura che comprime la libertà di disporre del proprio corpo, intesa non come *habeas corpus* in senso tradizionale, ma come libertà che protegge l'uomo da un'intrusione *nel* corpo. Una libertà che, come affermato dalla Consulta, «travalica» la stessa libertà personale⁵³. L'articolo 32 Cost., infatti, dopo aver qualificato la salute individuale come una libertà «fondamentale», sancisce il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari. Principio tutelato da una garanzia formale, la riserva di legge (il trattamento obbligatorio deve essere previsto dalla legge e deve essere «*determinato*») e da una innovativa garanzia sostanziale: il limite del «rispetto della persona umana», che si rivolge al sovrano democratico (la legge), ponendosi come argine invalicabile⁵⁴.

L'interpretazione dell'art. 32 Cost. è sempre stata nel senso di ritenere che un trattamento sanitario possa essere oggetto di un obbligo, purché vi sia un *doppio* «beneficio»: per la collettività e per l'individuo che si sottopone al trattamento⁵⁵.

Il beneficio per la collettività è, al tempo stesso, requisito e *presupposto* di costituzionalità, rilevando in via preliminare. Esso rappresenta il fondamento di qualsiasi politica di obbligo vaccinale perché integra *il solo* obiettivo (tutela *diretta* della salute dei terzi) che legittima la deroga all'autodeterminazione terapeutica. Inoltre, tale requisito-presupposto, logicamente, non può che precedere la valutazione dell'altro. Solo se un trattamento sanitario è in grado di apportare un beneficio per la collettività, si può ipotizzare di renderlo obbligatorio⁵⁶. Dunque, solo quando se ne sia accertata la sussistenza, si può affrontare il tema del beneficio individuale, cioè che il vaccino abbia effetti positivi per la salute di chi si sottopone al trattamento e che gli effetti collaterali siano transitori e lievi.

⁵³ Corte Cost. n. 238/1996, punto 3.2.

⁵⁴ Cfr. Corte Cost. n. 282/2002, punto 4, citato alla nota n. 12 in cui afferma che la pratica terapeutica si pone «come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica».

⁵⁵ Cfr. sul punto, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 303 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, 1989, p. 1 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, in *Quest. Giust.*, n. 2/1982, p. 361 ss.; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., p. 900 ss.; ID., *Vaccinazioni*, cit.. Si veda, inoltre, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit.; ID., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit.; C. IANNELLO, *Salute e libertà*, Napoli, 2020, 133 e ss.; L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, cit., 599.

⁵⁶ Come affermato da Corte Cost. n. 307/1990, la costituzionalità dei trattamenti sanitari obbligatori risulta subordinata al fatto che il trattamento 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 dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale*» (corsivo mio).

Il beneficio per la collettività consiste nella prevenzione della trasmissione dell'infezione, con effetto *diretto* sulla salute dei terzi. Solo così il trattamento sanitario obbligatorio realizza l'unico obiettivo (tutela della salute pubblica) che legittima, secondo l'unanime posizione della dottrina, la compressione della libertà di autodeterminazione individuale rispetto alle cure⁵⁷.

Questo effetto (medico) radica la stessa *ratio* (giuridica) dell'imposizione dell'obbligo, che si fonda interamente sul principio solidaristico: l'obbligo di vaccinazione protegge i terzi (in particolar modo i fragili) che, entrando in contatto con il vaccinato, non rischiano di contrarre il virus. La solidarietà, si badi, giustifica non solo la compressione dell'autodeterminazione individuale alle cure (l'obbligo), ma anche la stessa 'sanzione' per l'inadempimento: l'esclusione da una (*sola*) attività della vita sociale⁵⁸.

Questa attitudine ad incidere in modo *diretto* sulla salute dei terzi e a svolgere un effetto epidemiologico (contrastare la diffusione del virus) rappresenta quel requisito che la giurisprudenza costituzionale qualifica come «beneficio per la collettività». Sul punto, la posizione della giurisprudenza è chiarissima: la Consulta⁵⁹, la CEDU⁶⁰, la giurisprudenza amministrativa⁶¹ mettono in luce sempre lo stesso fondamento (la protezione della salute dei terzi) delle politiche di obbligo vaccinale⁶².

Nell'ordinanza di rimessione del 22 marzo 2022 del CGARS si assiste, proprio su questo essenziale punto, ad un radicale ripensamento: il collegio cambia orientamento rispetto

⁵⁷ Sul nesso inscindibile tra prevenzione dal contagio, obbligo vaccinale e principio solidaristico la dottrina è sempre stata concorde. Oltre alla dottrina citata, cfr. L. PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, "potestà" genitoriale e tutela del minore*, in *Giur. Cost.*, fasc., 2017, pag. 3139; M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017, 8; ID., *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *Biolaw*, 2/2019, 541 e ss.

⁵⁸ Discorso diverso va fatto per i trattamenti coercitivi. In tale caso entra in gioco anche l'art. 13 Cost. e il fondamento della loro imposizione è *anche* la garanzia dell'incolumità pubblica. Per questo motivo sono concepibili solo *ad personam* e sono vagliati da un giudice.

⁵⁹ Cfr. Corte cost. n. 5/2018; Corte cost. 268/2017, punto 7.2, in cui chiarisce che «la dimensione collettiva» della salute consiste nell'impedire «l'eventuale contagio fra i soggetti non a rischio e quelli a rischio e contribuendo in tal modo anche alla protezione di coloro che non possono ricorrere alla vaccinazione».

⁶⁰ CEDU, Gr. Cam., sent. 8 aprile 2021, ric. nn. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19306/15, 19298/15, 43883/15. La sentenza si legge in *Dirittifondamentali.it*. Cfr. il punto 272 (l'obbligo «può giustificarsi ove - oltre ad essere previsto per legge - persegua un obiettivo legittimo rinvenibile nella protezione della salute collettiva e in particolare di quella di chi si trovi in stato di particolare vulnerabilità») e il punto 306 (protezione dal contagio).

⁶¹ Cons. St., n. 7045/2021, punto 27.9, in cui afferma che il vaccino in questione determina la «sostanziale esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati. Si ricorda, a tale proposito, il chiarissimo parere Cons. St., Comm. Spec., n. 2065 del 2017.

⁶² Come fa la dottrina. Cfr. V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 562 nonché la dottrina citata nelle note che precedono.

all'interpretazione consolidata e anche rispetto alla propria ordinanza istruttoria di un mese prima (17 gennaio 2022).

Scrive il CGARS nell'ordinanza di remissione:

«sebbene empiricamente si debba riconoscere che, in presenza di nuove varianti, la vaccinazione non appaia garantire l'immunità da contagio, sicché gli stessi vaccinati possono contagiarsi e, a loro volta, contagiare, la stessa a tutt'oggi risulta efficace nel contenere decessi ed ospedalizzazioni, proteggendo le persone dalle conseguenze gravi della malattia, con un conseguente duplice beneficio: per il singolo vaccinato, il quale evita lo sviluppo di patologie gravi; per il sistema sanitario, a carico del quale viene allentata la pressione»⁶³.

L'inefficacia del vaccino nella prevenzione dal contagio diventa un fatto notorio. Tuttavia, non solo non sostiene il dubbio di costituzionalità (come pure faceva presagire l'ordinanza istruttoria), ma è addirittura giustificata. Il beneficio per la collettività sussiste comunque: risiede nella riduzione della «pressione» sugli ospedali.

Così facendo, il collegio remittente non si rende conto di entrare in contraddizione (oltre che con la *ratio* dell'obbligo) con sé stesso una seconda volta, cioè con il proprio ragionamento sulla «rilevanza» formulato poco prima: l'«estensione» dell'obbligo al tirocinante delle professioni sanitarie, infatti, era stata compiuta sulla base dell'identità della *ratio* (il tirocinante è in contatto con i pazienti cui potrebbe trasmettere il virus)⁶⁴; cioè su quella stessa *ratio* che vanifica affermando che il beneficio della collettività risiede nella riduzione della pressione sugli ospedali.

Delle due l'una. O il vaccino protegge dalla trasmissione, allora la previsione dell'esclusione del tirocinante è ragionevole. Oppure il vaccino non protegge dalla trasmissione, allora l'esclusione è irragionevole ed è tale aspetto che incrina la costituzionalità della legge. Di certo, il vaccino non può essere efficace per la valutazione della «rilevanza», inefficace per quella della «non manifesta infondatezza».

Il CGARS dà, quindi, una lettura, mai formulata in precedenza, dell'art. 32 Cost. che appare, oggettivamente, volta a 'giustificare' ('con il senno di poi' per usare il linguaggio comune) il

⁶³ Ord. di remissione del CGARS del 22 marzo 2022, punto 17.4.

⁶⁴ Cfr. punto 14.1. dell'ord. di remissione del CGARS del 22 marzo 2022.

presupposto di legittimità di «scelte tragiche»⁶⁵, il cui fondamento è venuto meno per razionalità postuma⁶⁶. Ma, così facendo, rischia di modificare la *ratio* delle vaccinazioni obbligatorie: se la conseguenza della mancata vaccinazione consiste nell'esclusione dal luogo di lavoro del dipendente del SSN non vaccinato, come previsto dal d.l. n. 44/2021, in che modo tale previsione potrebbe mai essere considerata proporzionata (ragionevole, necessaria) rispetto all'obiettivo di aiutare la funzionalità del SSN? Una (non) razionalità (postuma) in funzione giustificativa dell'obbligo a suo tempo previsto, preso atto dell'irraggiungibilità della «finalità perseguita» (Corte Cost. n. 14/2023, punto 9) dalla legge impositiva dell'obbligo (prevenzione dal contagio).

La posizione del CGARS, tuttavia, non è isolata⁶⁷. Essa appare uno degli indici di una tendenza in atto che punta a rimodulare il concetto di salute, per ricondurre questa nozione alle tinte del dovere che aveva assunto in passato.

Si legge, infatti, in un documento recente dell'OMS, del 30 maggio 2022, su etica e trattamenti sanitari obbligatori⁶⁸: «Mandatory vaccination should be considered only if it is necessary for, and proportionate to, the achievement of one or more important *societal or institutional objectives* (typically but *not exclusively public health objectives*, which may also be in service of *social and economic objectives*). Among others, such objectives may include interrupting chains of viral transmission, preventing morbidity and mortality, protecting at-risk populations and preserving the capacity of acute health care systems or other critical infrastructure».

Insomma, esistono più indici di una tendenza in atto volta ad ampliare l'ambito di operatività delle politiche di obbligo vaccinale al di là del loro tradizionale ambito di applicazione, cioè oltre la loro razionale giustificazione. Gli «obiettivi sociali ed economici» si andrebbero ad aggiungere ai tradizionali obiettivi di tutela della salute pubblica. Un vero e proprio stravolgimento della *ratio* cui gli obblighi di vaccinazione sono stati sempre legati⁶⁹. Ci si deve vaccinare non per tutelare la salute dei terzi, ma perché mantenersi in salute è considerato un *dovere* giuridicamente sanzionabile.

⁶⁵ Corte cost. Corte cost. n. 118/1996, rileva che la decisione di rendere obbligatoria la vaccinazione rappresenta una «scelta tragica», punto 4.

⁶⁶ Cfr., sul punto, C. IANNELLO, *Oltre il Covid. Verso l'obbligo di cura per i sani?*, cit.

⁶⁷ Cfr. TAR Lazio, I, n. 2813/2022, punto 11.5.

⁶⁸ <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2022.1>

⁶⁹ Tale aspetto è assolutamente pacifico in dottrina. Si veda, a tale proposito, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 39, che scrive: «è la salute, non la salute individuale, ad essere protetta come interesse della collettività. Sicché saranno soltanto le ragioni legate alla salute collettiva a poter abilitare un intervento limitativo della libertà di salute del singolo» per cui «la sua limitazione potrà avvenire – nel rispetto delle ulteriori garanzie stabilite dall'art. 32 Cost. – soltanto per perseguire la finalità dell'interesse della collettività alla salute (collettiva), e non già per

Calata nel contesto dell'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2, questa inedita *ratio implode*. In assenza dell'idoneità del vaccino a prevenire il contagio, su quale ragione si ancora la sospensione dal SSN di quel personale che tale funzionalità dovrebbe garantire?

Il CGARS (come lo stesso OMS), argomentando in questo modo, si involge e si tormenta in *contraddizioni insuperabili*. Così ragionando, la *ratio* dell'obbligo vaccinale diventa eterea, non più in grado di fornire una chiave interpretativa al legislatore, agendo solo *ex post*, per giustificare, ora per un motivo, ora per un altro, *qualsiasi* scelta assunta. Una vuota formula in grado di giustificare le scelte compiute si sostituirebbe alla *ratio* consolidata.

Nelle stesse contraddizioni si imbatte l'infelice *obiter dictum* della sentenza n. 15/2023⁷⁰: se lo scopo è la prevenzione della malattia grave, che priverebbe il SSN di lavoratori, quale sarebbe la giustificazione *logica* della sospensione di quei lavoratori che garantiscono proprio la funzionalità di tale servizio?

Contraddizioni insuperabili perché, così ragionando, si ribalta la logica, cioè la *ratio iuris* dell'obbligo vaccinale.

4.1.2. Il rapporto rischio beneficio messo in dubbio con i dati dell'AIFA

La stessa questione principale posta dal CGARS sulla sicurezza era, peraltro, debole.

Questa censura può essere analizzata sotto due diversi aspetti.

Uno attinente alla valutazione del rapporto rischio beneficio del farmaco e uno attinente al riferimento che fa il CGARS alla pregressa giurisprudenza della Consulta.

La prima prospettiva compete, in prima istanza, alle autorità di regolazione del settore, che hanno il potere autorizzatorio dei farmaci e quello di revoca a seguito della farmacovigilanza.

*ulteriori generiche ragioni di interesse pubblico selezionate di volta in volta dal legislatore». Cfr., inoltre, S. P. PANUNZIO, Vaccinazioni, cit., 2, il quale scrive: «concretandosi la dignità dell'uomo anche nella garanzia della sua autodeterminazione, ne discende che allorquando è in gioco solo la salute del singolo – senza alcuna incidenza diretta sulla salute dei terzi – questi non può essere obbligato a vaccinarsi» (corsivo mio). Il punto è pacifico sin dai tempi più risalenti (G. ZUNO, Voce *Sanità pubblica*, in *Enc. Giur. It.*, Milano, 1905, 418).*

⁷⁰ Cfr. Corte Cost. n. 15/2023, punto 11.3.

Il collegio ha sollevato il dubbio sulla sicurezza del vaccino utilizzando i dati dell'AIFA sugli effetti avversi⁷¹. Poiché alla stessa AIFA è affidata la farmacovigilanza (che comporta, nel caso opportuno, anche il potere di revoca dell'autorizzazione), il CGARS ha fondato il principale dubbio di costituzionalità su dati che la stessa AIFA riteneva comprovanti (sia *ab origine* che al momento in cui la questione è stata proposta) la sussistenza del rapporto rischio/beneficio. L'AIFA, infatti, ritiene sicuro il farmaco. Difficile immaginare che la Consulta si potesse sostituire all'autorità competente nell'analisi rischio beneficio, fornendo una diversa lettura dei suoi stessi dati⁷². Pertanto, sulla base delle risultanze dell'ultimo rapporto AIFA (che il CGARS ha, peraltro, condiviso per scartare l'argomento della difesa volto a mettere in dubbio proprio il rapporto rischio beneficio del farmaco⁷³), una declaratoria di annullamento era difficile da immaginare.

Inoltre, la stessa argomentazione di diritto era debole. Il CGARS ha attribuito alla pregressa giurisprudenza costituzionale l'elaborazione di un principio mai formulato: cioè che l'imposizione dell'obbligo fosse legittima solo in caso di assenza di reazioni avverse oltre la normale tollerabilità, fatta eccezione per il caso fortuito (ossia senza prevedibilità). Tuttavia, la pregressa giurisprudenza ha riguardato i *danni* da vaccino: le questioni erano sorte nell'ambito di procedimenti promossi da cittadini vaccinati che avevano riportato effetti collaterali gravi⁷⁴. Nelle note decisioni del 1990 e del 1996⁷⁵, i ricorrenti avevano contratto la poliomielite a causa della vaccinazione: una conseguenza *grave e prevedibile*: ad un rischio «preventivabile in astratto» si era, infatti, riferita la sentenza n. 118/1996⁷⁶, quando ha classificato le decisioni in tema di obbligo «scelte tragiche».

In entrambe le sentenze richiamate i ricorrenti, peraltro, non miravano all'annullamento dell'obbligo (non ne avrebbero avuto interesse, dato che era stato oramai adempiuto), bensì solo ad

⁷¹ Il rilievo svolto in questa sede non riguarda l'affidabilità o meno dei dati AIFA, ma il modo *contraddittorio* in cui il CGARS li ha utilizzati.

⁷² In astratto, una strada alternativa era la disposizione di un autonomo accertamento tecnico-scientifico (ctu), anche per valorizzare (o smentire) la documentazione medica fornita dalla difesa dello studente.

⁷³ La questione relativa ai decessi causati dalla vaccinazione, sollevata dalla difesa dello studente, è stata scartata dal CGARS proprio sulla base dei documenti ufficiali (AIFA e ISS). Cfr. il punto 17.1. dell'ord., volto a destituire di fondamento le allegazioni difensive che contestavano la sussistenza di tale rapporto in relazione alle conseguenze fatali. Così, nello stesso punto 17.4. Nel solo punto 18.5 si introduce la questione della mortalità da vaccino, ma nell'ambito di un tema più generale: la sottostima degli effetti avversi dovuta alla farmacovigilanza passiva.

⁷⁴ Cfr. la nota 27.

⁷⁵ Si tratta di Corte cost. n. 307/1990 e n. 118/1996.

⁷⁶ Cfr. il punto n. 4 della sentenza Corte cost. n. 118/1996 per cui «La vaccinazione antipoliomielitica comporta infatti un rischio di contagio, preventivabile in astratto - perché statisticamente rilevato».

ottenere l'indennizzo⁷⁷ a carico della finanza pubblica, che la legge ha poi previsto per le vaccinazioni obbligatorie, ma che la Consulta ha esteso anche alle raccomandate, per identità di *ratio*⁷⁸.

Non è che finora non vi siano state ordinanze volte a far valere l'incostituzionalità di una legge impositiva dell'obbligo, ma esse sono state rare (tra di loro di segno opposto) e, salvo il caso rappresentato dal giudizio *in via principale* (sollevato dalla regione Veneto), che ha dato luogo alla sentenza n. 5/2018, per lo più dichiarate inammissibili⁷⁹.

L'ordinanza del CGARS era, dunque, non solo molto debole nelle sue argomentazioni volte alla censura dell'obbligo⁸⁰ ma soprattutto conteneva un'«*interpretatio abrogans*» dell'art. 32 Cost., cioè una giustificazione della costituzionalità della legge *postuma* in quanto effettuata a valle dell'«*empirica*» presa d'atto dell'irrealizzabilità della «finalità perseguita» dalla legge stessa.

5. La sentenza n. 14 del 2023: la Consulta «assolve» il legislatore e non stravolge la razionalità dell'obbligazione vaccinale

È ora possibile sottoporre a valutazione *critica* (nel senso precisato) la sentenza n. 14/2023, nella parte in cui chiarisce la *ratio* dell'obbligo vaccinale.

La Consulta, dunque, non solo non ha accolto lo stravolgimento della *ratio* proposto dal CGARS, ma ha ribadito⁸¹ che l'obbligo si regge proprio sulla funzione preventiva del contagio esplicita dal vaccino, su cui si ancora il principio solidaristico. In assenza di una tale efficacia, ogni limitazione imposta al non vaccinato, infatti, lungi dall'essere attuativa di tale principio, proprio in

⁷⁷ Tali ordinanze denunciavano la mancata previsione di un indennizzo per le conseguenze degli effetti avversi.

⁷⁸ Sulla base della considerazione che le vaccinazioni raccomandate perseguono *anche* un obiettivo di salute pubblica: «eseguite per il conseguimento del fine generale di immunizzazione della collettività» (così Corte cost. n. 27/1998; Corte cost. n. 107/2012, 268/2017, 118/2020).

⁷⁹ Si ricorda una decisione di inammissibilità del 1983 (sentenza n. 142), una del 1992 (n. 132) e una del 1994 (n. 258). Se quella del 1992, ritenuta non fondata, fu sollevata per sostenere la coercibilità della vaccinazione dei minori, quella del 1994 scaturì da un giudizio in cui i genitori contestavano l'obbligo (per l'epatite B), perché la legge non prevedeva accertamenti per ridurre il rischio di effetti avversi. La Consulta ne dichiarò l'inammissibilità, perché una tale disciplina spettava al Parlamento, ma richiamò il legislatore sulla sua necessità. La stessa questione che ha originato la decisione n. 5/2018 sul d.l. 73/2017 è arrivata all'esame della Consulta attraverso un'impugnazione della regione Veneto, non a seguito di un giudizio in cui si contestava la legittimità dell'obbligo.

⁸⁰ Salvo, probabilmente, su quegli aspetti estranei al nucleo dell'obbligo vaccinale, come il ruolo del medico di famiglia e quello dell'obbligo di sottoscrizione del consenso informato, anch'essi, peraltro, rigettati.

⁸¹ Corte Cost. n. 14/2023, punti 10.2 in fine, 11, 12.2.

quanto non fondata sulla *ratio* dell'obbligo, si trasforma in una discriminazione (qualsiasi limitazione a una libertà priva di giustificazione è arbitrio).

Tuttavia, lo stesso giudice costituzionale, come il CGARS, ha dovuto confrontarsi con una *situazione di fatto* che destituisce di fondatezza questo presupposto.

Si comprende così il ricorso alla prospettiva inedita o, se si vuole, all'artificio interpretativo⁸² usato.

Nel caso specifico, la legge è stata valutata non alla luce delle conoscenze *attuali*, ma delle informazioni di cui il decisore politico disponeva «al momento» dell'assunzione della decisione.

La motivazione è un continuo indugiare su quest'aspetto temporale⁸³:

«questa Corte [...] deve valutare se, *in quella situazione data*, la scelta del legislatore sia stata adottata, nell'esercizio di discrezionalità politica, in modo compatibile con i principi costituzionali.

Tale sindacato, dunque, essendo riferito alle scelte del legislatore, deve muoversi lungo due direttrici principali: la valutazione della situazione di fatto, cioè, nel caso in esame, della pandemia e l'adeguata considerazione delle risultanze scientifiche *disponibili* in merito all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini» (corsivi miei).

⁸² L'artificio sta nella scelta di decidere oggi con i dati di allora. La Consulta, infatti, non ha affermato che l'obbligo è conforme a Costituzione perché i dati attuali confermano la capacità preventiva del contagio. In tal caso non vi sarebbe stato alcun artificio.

Che il d.l. n. 44 del 2021, nella sua versione originaria, fosse «non irragionevole e non sproporzionato», è un conto. Esso perseguiva la finalità di prevenzione dal contagio a tutela dei fragili, aveva un termine finale (31 dicembre 2021) e una condizione risolutiva: «fino al completamento del piano vaccinale». Il senso era evidente. Quando a tutti i cittadini fosse stata offerta la possibilità di vaccinarsi, non ci sarebbero stati più fragili da tutelare (salvo quelli che *volontariamente* avevano rifiutato la vaccinazione). Vi era, infine, il *repêchage* per i sanitari non vaccinati (i sanitari avevano aderito volontariamente in massa alla vaccinazione, per cui il *repêchage* era garanzia sufficiente per i pochi sanitari non vaccinati).

I dubbi di costituzionalità sono sorti proprio sulla base dell'ord. del CGARS, che ha «processualmente» accertato l'assenza dell'efficacia preventiva dal contagio, proponendo una motivazione, in contrasto con la finalità perseguita dalla legge, volta a giustificare *ex post* l'obbligo.

La Consulta ha opportunamente respinto questa motivazione, restando ancorata alla *ratio* consolidata e corretta dell'obbligo, valutando la legge sulla base dei dati disponibili *al momento* della sua approvazione. Segno evidente che essa stessa ha condiviso il presupposto da cui partiva il CGARS (mai contraddetto, infatti, né nella 14 né nella 15). Seguendo il CGARS, il ragionamento sarebbe stato di poche parole: l'obbligo è legittimo perché il vaccino diminuisce le forme gravi della malattia, ma la Consulta non ha ritenuto possibile farlo (per non stravolgere la *ratio* dell'obbligo vaccinale, che è la protezione della salute dei *terzi*), preferendo una articolata motivazione che ha il suo cardine proprio nel riferimento *al tempo* in cui la legge è stata adottata.

⁸³ Corte Cost. n. 14/2023, punto 6.

Da qui in poi è un susseguirsi di riferimenti *al tempo* della scelta: «*al momento* dell'introduzione dell'obbligo»⁸⁴; il «sindacato riguarda la coerenza della disciplina con il dato scientifico posto a disposizione»⁸⁵; «alla luce delle conoscenze raggiunte *in quel momento storico*»⁸⁶; poco oltre, nel medesimo punto del considerato, «rispetto alle conoscenze medico-scientifiche *del momento*»⁸⁷; poche righe oltre, di nuovo, «del momento»⁸⁸; «dato medico-scientifico posto a disposizione dalle autorità di settore»⁸⁹, ecc., facendo espresso riferimento a dati del febbraio, marzo e aprile 2021⁹⁰.

Indugiare sull'elemento temporale rende evidente che il presupposto da cui muove la Consulta (nella 14 come nella 15) è il medesimo da cui parte il remittente (il CGARS per la 14, il Tribunale di Padova per la 15): la nota inidoneità del vaccino a realizzare un obiettivo epidemiologico. Circostanza, questa, che il remittente, come la Consulta (che mai smentisce sul punto né il CGARS, né il Tribunale di Padova), pongono a fondamento del loro ragionamento, giungendo però ad esiti diversi. Di vanificazione della *ratio* dell'obbligo, il CGARS; di conferma della medesima *ratio* dell'obbligo, la Consulta, proprio facendo leva sul fattore temporale.

La Consulta ha richiamato, come precedente, la nota sentenza n. 5/2018, in cui c'è un riferimento alla «dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario»⁹¹. Tuttavia, nel 2018, alcuna modifica delle conoscenze era intervenuta dal momento dell'approvazione del d.l. rispetto a quello della sentenza della Corte. Tale accenno non aveva certo la funzione di *giustificare* la legge, ma era una constatazione: in futuro, sulla base di nuove acquisizioni, il legislatore avrebbe potuto modificare la legge.

⁸⁴ Corte Cost. n. 14/2023, punto 7 (corsivo mio).

⁸⁵ Corte Cost. n. 14/2023, punto 8.1 (corsivo mio).

⁸⁶ Corte Cost. n. 14/2023, punto 8.2 (corsivo mio).

⁸⁷ Ivi (corsivo mio).

⁸⁸ Ivi (corsivo mio).

⁸⁹ Corte Cost. n. 5/2018, punto 9. Sui rapporti tra scienza e diritto cfr. Corte Cost. n. 282/2002; Corte Cost. n. 151/2009; Corte Cost. n. 164/2014. In questi casi, la Consulta ha affermato, invero, la sussistenza di un *limite* invalicabile per il legislatore nella *relazione terapeutica*: «La *pratica terapeutica* si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come *limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica*» (Cfr. Corte Cost. n. 282/2002, punto 4).

⁹⁰ Corte Cost. n. 14/2022, punti 11. e 12.1.

⁹¹ Corte Cost. n. 5/2018, punto 8.2.5.

Invece, nella sentenza n. 14/2023, la questione temporale e della transitorietà della disciplina *giustifica* la costituzionalità della legge, fino al punto di considerare l'intervenuta abrogazione del d.l. impositivo dell'obbligo (cfr. il d.l. n. 162/2022) un argomento a *conferma* della sua costituzionalità (legittima perché abrogata!).

La Consulta scrive:

«La genetica e originaria transitorietà della disciplina, così come la previsione di elementi di flessibilizzazione e monitoraggi che consentano l'adeguamento delle misure all'evoluzione della situazione di fatto che è destinata a fronteggiare, sono *elementi che incidono sulla verifica della legittimità costituzionale della normativa* [...].

In particolare, per quanto qui di più stretto interesse, la disposizione censurata, nella sua versione originaria (oggetto della questione in esame), prevedeva [un termine dell'obbligo prima prorogato] per poi essere infine *anticipato* [...] al 1° novembre 2022»⁹² (corsivi miei).

Nonostante il principio *iura novit curia*, l'intervenuta abrogazione era stata oggetto di una memoria della Presidenza del Consiglio⁹³.

Come chiarito dalla Consulta, «il sindacato richiesto a questa Corte presuppone di verificare se il legislatore – utilizzando il dato medico-scientifico posto *a disposizione* dalle autorità di settore – si sia mantenuto in un'area di “attendibilità scientifica” e se abbia assunto una decisione non irragionevole nonché idonea e non sproporzionata *rispetto alla finalità perseguita*»⁹⁴.

Insomma, la Corte ha ‘giustificato’ l'operato del legislatore del 2021 perché la legge perseguiva la *ratio* consolidata. La «finalità perseguita» dalla legge, su cui indugia la 14, è, infatti, come chiarito nella stessa legge, la prevenzione dal contagio. La sentenza giustifica quindi l'operato del legislatore *solo perché* si è calato nella prospettiva «del momento» in cui è stato varato il d.l., cioè alla luce dei dati *allora* disponibili. E *solo perché*, si badi, questi dati asseveravano che la vaccinazione potesse avere efficacia preventiva della diffusione del virus (cioè garantire il raggiungimento della «finalità perseguita»).

⁹² Corte Cost. n. 14/2023, punto 8.2.

⁹³ Corte Cost. n. 14/2023, punto 2.4 considerato in fatto: «il Presidente del Consiglio dei ministri ha depositato memoria nella quale si dà atto della recente evoluzione normativa, relativa all'art. 7 del d.l. n. 162/2022».

⁹⁴ Corte Cost. n. 14/2023, punto 9 (corsivo mio).

Un ragionamento complesso che ha il merito di confermare la *ratio* tradizionale e corretta dell'obbligo e, nella sostanza, anche la correttezza dell'impostazione contenuta nell'ordinanza del Tribunale di Padova: la Consulta ha ribadito che il presupposto di costituzionalità dell'obbligo risiede in una politica di tutela *diretta* della salute dei terzi (la prevenzione della trasmissione del virus). Dalla decisione n. 14/2023 emerge che se «in quel momento» le autorità del settore non avessero asseverato l'efficacia preventiva del contagio, o la legge non avesse perseguito proprio tale «finalità», l'imposizione dell'obbligo sarebbe andato oltre la sua *ratio* consolidata.

In conclusione, ha *giustificato* l'operato del legislatore, senza alterare la *ratio* dell'obbligo vaccinale (che ha rischiato di essere messa in crisi dall'interpretazione del CGARS per darne una giustificazione *postuma*).

Sembra cogliere, pertanto, nel segno Marilisa D'Amico che, negli indirizzi di saluto di un convegno svoltosi a Milano il 13 marzo scorso, ha osservato che «del tema dell'obbligo la Corte si occupa, in particolare, nelle sentenze 14 15 e 16, in qualche modo, *assolvendo* il legislatore»⁹⁵.

Se la razionalità dell'obbligo non esce alterata, non altrettanto può dirsi per le situazioni giuridiche del ricorrente che, probabilmente, si sarà sentito rinforzato nella convinzione di non aver mai costituito un pericolo per la tutela della salute dei terzi ma di essere stato escluso dal tirocinio (essendo, peraltro, guarito dal Covid), sulla base di un'inefficacia del vaccino nella protezione dell'infezione che, indipendentemente dai dati clinici⁹⁶, ha rappresentato il presupposto delle argomentazioni del CGARS, del Tribunale di Padova, e delle stesse sentenze nn. 14 e 15 della Consulta, che ha deciso tenendo conto delle informazioni disponibili *al momento* in cui il legislatore ha assunto la decisione (ed è poi stata ulteriormente confermata dalla sentenza 15/2023 proprio quando, per contrastare l'argomento del Tribunale di Padova sulla preferibilità dei tamponi al fine della prevenzione dal contagio, ha svolto un ragionamento capace di piegare l'obbligo vaccinale alla necessità che il personale sanitario non si ammali⁹⁷, pretermettendo la sua *indefettibile* funzione di protezione dei fragili dal contagio).

⁹⁵ Cfr. il sito di Radio radicale, al minuto 4 e 55 secondi, al seguente link: <https://www.radioradicale.it/scheda/692576/gli-obblighi-di-vaccinazione-davanti-alla-corte-costituzionale>.

⁹⁶ Non è la sede per citare dati medici. Sull'efficacia del vaccino si rinvia ai bollettini dell'ISS e a quelli delle omologhe autorità di altri paesi e alla nota 52. Cfr., in merito, punto 17. 2. dell'ord. di remissione in cui si richiamano le «argomentazioni sviluppate dall'appellante (la vaccinazione sarebbe inutile, non impedendo al vaccinato di contagiarsi e contagiare)».

⁹⁷ Senza tener conto che quello stesso personale, che si sarebbe voluto proteggere dalla malattia, era stato sospeso dal servizio

Vero è anche che oggi stanno emergendo notizie circa la mancata divulgazione dei dati su efficacia ed effetti avversi che, se confermate, renderebbero superflua ogni discussione sul tema.