

# L'imposizione *ex lege* dell'obbligo vaccinale anti Covid-19, tra pubblici poteri, private libertà e sindacato giurisdizionale: la recente ordinanza del CGARS n. 351/2022 di rimessione alla Corte Costituzionale

di Jacopo Vavalli

SOMMARIO: 1. L'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2, pomo della discordia. – 2. La libertà del cittadino all'interno dello Stato costituzionale. – 3. La libertà di autodeterminazione del cittadino dinanzi alle scelte dello Stato in materia di salute pubblica: alle radici del dibattito sull'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2. – 4. La libertà (*rectius*, discrezionalità) dello Stato legislatore nell'adottare misure di contrasto alla pandemia. – 5. La libertà (*rectius*, il potere) del Giudice di dubitare sulla legittimità costituzionale di disposizioni che impongono un trattamento sanitario al cittadino: la recente ordinanza del CGARS n. 351 del 22 marzo 2022 di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 44/2021. – 6. Conclusioni.

## 1. *L'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2, pomo della discordia.*

Il dibattito, scientifico e non, in ordine all'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2 è stato ed è tuttora fortemente polarizzato. Nella consapevolezza che tra i due poli vi siano una pluralità di posizioni più sfumate, la contrapposizione sembra riducibile a chi, da un lato, esprime con fermezza la legittimità (anche costituzionale), anzi la doverosità, della imposizione di tale obbligo, anche di carattere generalizzato<sup>1</sup>, e a chi, dall'altro, pone forti dubbi al riguardo<sup>2</sup>, assistiti da un esame del quadro giuridico inerente alle autorizzazioni che si pongono a fondamento della distribuzione e della conseguente somministrazione dei vaccini<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Per tutti, A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond.*, 2021, 2, 170 ss.

<sup>2</sup> Per tutti, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, 2021, 3, secondo cui l'obbligo vaccinale rischierebbe di determinare la "imposizione con legge (o decreto legge) di un rischio non pienamente accertato da un punto di vista statistico quanto alla misura del danno, e alla ripartizione del rischio di danno fra i destinatari di quell'obbligo" (442); ID., *Un raffinato esempio di distinguishing. Se la fonte è il fatto, che deve fare il giudice quando il fatto cambia?*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale.

<sup>3</sup> Per quel che concerne le vaccinazioni contro il Covid-19, si tratta di una c.d. autorizzazione all'immissione in commercio "condizionata", disciplinata dal Regolamento (CE) 507/2006. L'art. 4 di tale Regolamento, rubricato "Condizioni", stabilisce al comma 1 che "Un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata può essere rilasciata quando il comitato ritiene che, malgrado non siano stati forniti dati clinici completi in merito alla sicurezza e all'efficacia del medicinale, siano rispettate tutte le seguenti condizioni: a) il rapporto rischio/beneficio del medicinale, quale definito all'articolo 1, paragrafo 28 bis, della direttiva 2001/83/CE, risulta positivo; b) è probabile che il richiedente possa in seguito fornire dati clinici completi; c) il medicinale risponde ad esigenze mediche insoddisfatte; d) i benefici per la salute pubblica derivanti dalla

Un tema che corrobora il dibattito riguarda gli effetti (più o meno ignoti) dei vaccini contro il Sars-CoV-2 nel medio e nel lungo termine, ma anche gli effetti della vaccinazione *tout court*<sup>4</sup>. L'autorizzazione condizionata rilasciata in favore di simili vaccini, in *partial overlap*, determinerebbe cautela nel disporre imposizioni nella somministrazione degli stessi<sup>5</sup>. Tesi, questa, avversata con l'argomentazione che non è possibile bilanciare il noto con l'ignoto, “*ciò che è con ciò che potrebbe essere, peraltro in una misura non quantificabile*”<sup>6</sup>.

Il dilemma generato dalla autorevole dottrina appena richiamata ha trovato ulteriore linfa in sede pretoria, in cui si sono contrapposte, tra le diverse che hanno avuto modo di affrontare il tema in esame, due importanti e note pronunce. La prima del Consiglio di Stato<sup>7</sup>, che non ha avuto esitazioni nel valutare la legittimità dell'obbligo vaccinale imposto al personale sanitario, evocando in estrema sintesi il principio della discrezionalità del legislatore insindacabile in *subiecta materia*, la necessità di perseguire il bene dell'intera collettività, l'assenza di spazio per la c.d. esitazione vaccinale<sup>8</sup>. La seconda del Consiglio di Giustizia

---

*disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione superano il rischio inerente al fatto che occorran ancora dati supplementari*”. Oltre alla autorizzazione condizionata esistono quella *standard* e quella *rilasciata in circostanze eccezionali*, disciplinate dal Regolamento (CE) 726/2004. In ordine ai tre tipi di autorizzazioni vigenti in Europa, si rimanda a A. MANGIA, *op. ult. cit.*, 437 ss.

<sup>4</sup> Come si avrà modo di vedere meglio *infra*, soprattutto all'interno del capitolo 5.

<sup>5</sup> A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris, passim*.

<sup>6</sup> A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, 10. Tali riflessioni evocano il concetto di c.d. “ignoto irriducibile”, su cui si sofferma E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, secondo cui “*esso esprime una particolare situazione in cui l'assenza di conoscenza (letteralmente intesa in termini di ignoranza) è qualificata in base al fatto che non è possibile individuare schemi predefiniti per fronteggiare un determinato evento*” (144). Sul tema, l'Autore rimanda al lavoro monografico di studio monografico di M. FABER, J. L. PROOPS, *Evolution, time, production and the environment*, Berlin and Heidelberg, 1990).

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, a cui *adde* Cons. Stato (ord.), sez. III, 4 febbraio 2022, n. 583.

<sup>8</sup> Disponendo su tali aspetti che “*Nel bilanciamento tra i due valori, quello dell'autodeterminazione individuale e quello della tutela della salute pubblica, compiuto dal legislatore con la previsione dell'obbligo vaccinale nei confronti del solo personale sanitario, non vi è dunque legittimo spazio né diritto di cittadinanza in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV-2 per la c.d. esitazione vaccinale*”.

35. *L'obbligatorietà della vaccinazione è una questione più generale che, oltre ad implicare un delicato bilanciamento tra fondamentali valori, quello dell'autodeterminazione e quello della salute quale interesse della collettività anzitutto secondo una declinazione solidaristica, investe lo stesso rapporto tra la scienza e il diritto, come è ovvio che sia, e ancora più al fondo il rapporto tra la conoscenza – e, dunque, l'informazione e il suo contrario, la disinformazione – e la democrazia*.

32.3. *In un ordinamento democratico, come ha rilevato anche di recente la Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018 sulle vaccinazioni obbligatorie (re)introdotte dal d.l. n. 73 del 2017, rientra nella discrezionalità del legislatore prevedere la raccomandazione dei vaccini o l'obbligatorietà di questi e la scelta tra la tecnica della persuasione e, invece, quella dell'obbligo dipende dal grado di efficacia persuasiva con il quale il legislatore, sulla base delle acquisizioni scientifiche più avanzate ed attendibili, riesce a sensibilizzare i cittadini in ordine alla necessità di vaccinarsi per il bene proprio e, insieme, dell'intera società?* (cfr. Cons. Stato n. 7045/2020, cit.).

per la Regione Sicilia, su cui si intende indugiare all'interno del presente lavoro<sup>9</sup>, che invece, dopo aver disposto una verifica su specifici aspetti legati ai presupposti di tale scelta legislativa<sup>10</sup>, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine alla disciplina<sup>11</sup> che ha di recente imposto l'obbligo vaccinale agli studenti di corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie<sup>12</sup>.

Il dibattito dottrinale e pretorio appena evocato può dirsi osmotico rispetto a un quadro fattuale, che ha visto, da un lato, le istituzioni intraprendere in maniera stentorea un indirizzo preciso, nel senso di riconoscere ai vaccini 'anti Covid' la via eletta per contrastare e sconfiggere il virus<sup>13</sup>; dall'altro lato, una frangia dell'opinione pubblica opporsi a tali decisioni in quanto contraria a imposizioni in materia vaccinale con riferimento al virus Sars-CoV-2. Soggetti icasticamente definiti *no-vax*, riconducibili al ricordato e non nuovo fenomeno della c.d. della esitazione vaccinale<sup>14</sup>.

Il tema dell'obbligo vaccinale in periodo di pandemia è denso di implicazioni quanto meno di carattere medico-scientifico, filosofico, sociologico e giuridico. Il primo di tali ambiti rappresenta un territorio impervio per il giurista per ovvie ragioni legate alla mancanza di competenze. Volgere invece lo sguardo ad ulteriori ambiti come la filosofia e la sociologia, pur essendo necessario, comporta comunque il rischio di perdere di vista l'obiettivo di confrontare un tema tanto complesso con i crismi dell'ordinamento giuridico in cui si inserisce.

Anche limitando il campo di indagine nel senso appena accennato, restano plurime le direttrici che potrebbero indirizzare il lavoro e fondare il punto di

<sup>9</sup> Cfr. in particolare *sub* capitolo 5.

<sup>10</sup> C.G.A.R.S., sez. giurisd. (ord.), 17 gennaio 2022, n. 38.

<sup>11</sup> Di cui all'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 44/2021 convertito dalla legge n. 76/2021.

<sup>12</sup> C.G.A.R.S., sez. giurisd. (ord.), 22 marzo 2022, n. 351.

<sup>13</sup> Sia attraverso disposizioni normative recanti un obbligo vaccinale per talune categorie di cittadini, come il già citato decreto-legge n. 44/2021, ovvero il decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, che ha imposto tale obbligo a tutti gli ultracinquantenni, sia attraverso lo strumento del c.d. *green pass*, che la dottrina ha definito misura equivalente a quella dell'obbligo vaccinale: A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris*, 432, nota 1.

<sup>14</sup> Fenomeno che per V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Riv. AIC*, 2021, 6, si traduce nell'immotivato rifiuto della prevenzione vaccinale e in infondate quanto pericolose pretese di personalizzazione della cura (303). Secondo, invece, S. ROSSI, *Lezioni americane. il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, il fenomeno della *vaccine hesitancy* "non è prevalentemente il frutto di ignoranza, dato che – come emerge dai dati delle ricerche svolte – la maggior parte dei soggetti che rifiutano l'offerta vaccinale appartengono a classi culturalmente evolute, con livello medio-elevato di istruzione. Tale fenomeno è quindi legato spesso al ruolo attivo e consapevole del paziente, sempre meno disposto ad essere in balia dell'autorità del sanitario e sempre più partecipativo nella costruzione del percorso e delle scelte intorno alla propria salute e nella valutazione delle organizzazioni sanitarie e dei professionisti che vi operano" (780-781).

partenza attorno a cui far ruotare le conseguenti riflessioni. Una di queste risiede nel tema della libertà<sup>15</sup>, che si ha l'ambizione di esaminare sotto quattro distinte declinazioni, tra loro interconnesse: la libertà del cittadino all'interno dello Stato costituzionale<sup>16</sup>; la sua libertà di autodeterminazione dinanzi a scelte dello Stato in materia di salute pubblica, in particolare in contesti di emergenza e di pandemia (come quello prodotto dal Covid-19)<sup>17</sup>; la libertà (*rectius*, discrezionalità) dello Stato legislatore di adottare misure di contrasto alla pandemia<sup>18</sup>; la libertà (*rectius*, il potere) del Giudice di sindacarle sul piano della loro aderenza, o meno, alla Costituzione<sup>19</sup>.

## 2. *La libertà del cittadino all'interno dello Stato costituzionale.*

Il tema della libertà, per paradosso, merita di essere circoscritto. Dal punto di vista giuridico, per libertà si intende in linea di massima il diritto di ogni individuo di disporre liberamente della propria persona<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Sul tema dei rapporti tra libertà dell'individuo e attività dei pubblici poteri, con riferimento alla obbligatorietà delle vaccinazioni ai sensi della recente legge 31 luglio 2017, n. 119, si veda M. D'ARIENZO, *Al di là del nesso autorità/libertà: i recenti sviluppi della politica vaccinale italiana alla prova dei fatti e nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, 341 ss.

<sup>16</sup> Sul tema della compatibilità tra la libertà individuale e gli ordinamenti contemporanei, non si può fare a meno di rimandare a B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1995.

<sup>17</sup> Per una analisi in ordine al valore costituzionale del diritto all'autodeterminazione dell'individuo, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in Id. (a cura di), *Teoria del diritto e dello Stato*, Roma, 2010.

<sup>18</sup> Su cui Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 5 ha avuto modo di affermare che «È questa una «scelta di politica sanitaria» che «attiene alla sovrana discrezionalità del Governo e del Parlamento nella valutazione delle urgenze e delle emergenze sanitarie e nella conseguente individuazione delle misure più adatte a fronteggiarle», nell'esercizio di competenze sugli indirizzi generali di politica nazionale in materia sanitaria, che sono riservate allo Stato?».

<sup>19</sup> Con i noti limiti della non manifesta infondatezza e della rilevanza della questione. Aspetti su cui non occorre soffermarsi nel presente lavoro, se non per fare un cenno al fatto che esiste sempre un concreto rischio che la Corte Costituzionale possa sovrapporsi al Giudice a quo limitando molto il potere a cui si è fatto cenno sopra, atteso che «è ben noto come attraverso il controllo della motivazione è possibile entrare in valutazioni anteriori ad essa, che riguardano la sostanza delle decisioni cui la motivazione si riferisce»: cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 221.

<sup>20</sup> Cfr. [www.traccani.it](http://www.traccani.it), voce *libertà*. Emerge il tema del diritto costituzionale ad autodeterminarsi, in virtù del quale tutti i comportamenti che sono espressione di autonomia individuale sarebbero protetti dall'ordinamento giuridico come diritti di libertà costituzionalmente garantiti: sul punto S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà-M. Tallacchini (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 199-202. La libertà di autodeterminazione trova come contraltare il tema della «sovranità del legislatore (o della «libertà dei fini»), [che] conduce invece a conclusioni opposte rispetto al primo. Esso afferma che le motivazioni della legge, in quanto atto politico per eccellenza, sono insindacabili e che, al di fuori dei casi in cui la compressione di

In un saggio di Alessandro Pace di alcuni anni fa emergono con chiarezza tre accezioni del concetto di libertà<sup>21</sup>, riprese dall'opera del filosofo Nicola Abbagnano del 1961<sup>22</sup> e che vengono confrontate con l'ordimento giuridico della metà del '900 al fine di esaminarne la utilizzabilità per il giurista contemporaneo.

La prima risiede nella libertà quale “autodeterminazione e autocausalità”<sup>23</sup>. Questa accezione, autorevolmente sostenuta, conduce a intendere la libertà come “assoluta e incondizionata”, tipica del pensiero anarchico<sup>24</sup> e difficilmente utilizzabile dal giurista, che si confronta con ordinamenti, più o meno democratici, comunque basati su un sistema di limiti alla libertà dell'individuo dettate dall'esercizio dei poteri pubblici, a propria volta limitati<sup>25</sup>.

La seconda accezione di libertà mantiene i caratteri della assolutezza e una natura incondizionata, ma non con riferimento all'individuo bensì all'entità astratta con cui questo si relaziona<sup>26</sup>. Di tal che la libertà del singolo è relativa, dipendente dalla volontà del “tutto” ad esso sovraordinato. È questa l'accezione di libertà su cui si fonda la definizione dello Stato di Hobbes, in cui la libertà del singolo finisce per rimanere assorbita nel “tutto” rappresentato dalla volontà sovrana<sup>27</sup>, o quella di Hegel, che del pari teorizza che “*lo Stato è l'ente supremo di realizzazione dell'interesse generale*”<sup>28</sup>.

Le prime due accezioni di libertà sopra richiamate evocano altrettante modalità di approccio alla questione dell'obbligo vaccinale, che con mirabile sintesi sono state definite dalla dottrina come “*approccio individualista ed approccio*

---

*un diritto costituzionalmente tutelato ovvero precise disposizioni costituzionali impongano al legislatore di perseguire uno scopo determinato, il potere legislativo potrebbe liberamente perseguire qualsiasi finalità*”: P.F. BRESCIANI, *Prospettive sulla legge paternalista come categoria giuridica*, in *Giur. cost.*, 2021, 1, 228.

<sup>21</sup> A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Giorn. stor. cost.*, 2009, 17/I, 11 ss.

<sup>22</sup> N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961.

<sup>23</sup> A. PACE, *op. ult. cit.*, 12.

<sup>24</sup> Per una ricostruzione accurata della libertà calibrata nell'ambito del pensiero anarchico individualista americano, si veda M.N. ROTHBARD, *L'etica della libertà*, Macerata, 2000.

<sup>25</sup> ID., *op. ult. cit.*, 12. “È del resto intuitivo che una libertà assoluta e senza limiti non può costituire il contenuto di una situazione giuridica soggettiva avente, almeno in linea di principio, le caratteristiche della generalità. Qualora fosse riconosciuta ad un solo individuo o soltanto ad una elite, quest'assoluta libertà costituirebbe infatti un privilegio che, come tale, darebbe luogo a una posizione di potere «incompatibile con le regole del sistema democratico» (così la Corte cost., sent. n. 148 del 1981, in materia radiotelevisiva)” (13).

<sup>26</sup> ID., *op. ult. cit.*, 14.

<sup>27</sup> Il pensiero di Hobbes è diffusamente richiamato, con dovizia di citazioni, nel recente saggio di F. BLANDO, *Stato, emergenza e diritto alla vita*, in *Nuove autonomie*, 2021, 3, (in particolare 766-777), in cui si rimanda, ai fini che qui interessano, a T. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino. De cive*, (1647), trad. it. a cura N. Bobbio, in *Opere politiche*, Torino, 1959, cap. V, 9, 150.

<sup>28</sup> F.G. SCOCA, M. SPASIANO, *Diritto amministrativo* di F.G. SCOCA (a cura di), VII ed., Torino, 2021, 13. La radicalizzazione di questa accezione di libertà, la esaltazione del tutto a scapito dell'individuo, si pone alla base delle teorie che hanno legittimato gli stati totalitari: C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il Sars-Cov-2*, in *dirittifondamentali.it*, 2022, 1, 147-148 (nota 5).

*comunitarista*<sup>29</sup>, quest'ultimo volto ad esaltare il concetto di comunità come corpo a sé stante, dotato di propria autonomia e proprie prerogative<sup>30</sup>. Alla base dell'approccio individualista si potrebbe dire che v'è una visione della società come comunità di interessi, retta dal criterio della mera coordinazione delle condotte, mentre alla base dell'approccio comunitarista rileva una visione della società come comunità di persone, come una comunità di vita.

Il punto è che né l'accezione "individualista" né quella "comunitarista" di libertà possono costituire un efficace strumento di indagine per esaminare il tema dell'obbligo vaccinale in ambito pandemico. A tal fine rileva, invece, la terza accezione di libertà declinata da Pace sul solco del lavoro di Abbagnano, che è ricondotta al concetto di "*possibilità di scelta*"<sup>31</sup>. Il nucleo di tale possibilità di scelta è duplice: da un lato la scelta dell'individuo/cittadino dei propri governanti, in particolare nel senso di mantenerli, modificarli o eliminarli<sup>32</sup>; dall'altro, la tutela dei diritti riconosciuti in Costituzione attraverso "*un'efficace istanza giurisdizionale, terza e imparziale, che giudichi della conformità a Costituzione di tutti i più importanti atti del pubblico potere, ivi comprese le leggi, con la sola eccezione dei c.d. «atti di governo»*"<sup>33</sup>.

Possono allora trarsi alcune conclusioni preliminari: *i*) la libertà assoluta e incondizionata non è accezione che, relativamente agli ordinamenti giuridici delle moderne democrazie costituzionali, può attagliarsi tanto all'agire del singolo quanto all'agire dei pubblici poteri; *ii*) la libertà è possibilità di scelta, all'interno della cornice delle leggi e dei principi espressi da un dato ordinamento, prodotto dei Parlamenti democraticamente eletti e democraticamente rimuovibili; *iii*) l'azione dei pubblici poteri è censurabile da parte di qualsivoglia cittadino per mezzo di un'istanza giurisdizionale dinanzi a un giudice terzo e imparziale, che possa valutarne la conformità a Costituzione.

<sup>29</sup> A. ZITO, *Pandemia ed obbligo vaccinale: lo stato dell'arte del dibattito dottrinale nel prisma dell'ordinanza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia n. 38/2022. Relazione finale nel webinar su Pandemia e obbligo vaccinale*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, 4.

<sup>30</sup> ID., *op. ult. cit.*, secondo cui "la questione non è affatto estranea all'ambito della riflessione giuridica: del primo approccio, quello individualista, è infatti espressione il normativismo kelseniano, dal momento che l'ordinamento giuridico si risolve nell'insieme delle norme che regolano i comportamenti individuali; del secondo approccio, quello comunitarista, è espressione l'istituzionismo romaniano, che predica che l'ordinamento giuridico non si risolve nell'insieme delle sole norme in esso presenti, ma presenti un *quid pluris dato*, per l'appunto, dall'istituzione" (4).

<sup>31</sup> A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, cit., 19. "Tale accezione dà conto degli eccessi e dei rischi che si riconnettono sia alla prima che alla seconda accezione. Della prima, essa rifiuta la natura assoluta e incondizionata della libertà, che, se fosse accolta, porterebbe, in materia religiosa, all'agnosticismo e, in materia politica, a delegittimare lo Stato e qualsivoglia altro ordinamento giuridico. Della seconda accezione essa rifiuta l'assoluto condizionamento dell'individuo da parte di un terzo soggetto, da quest'ultima considerato come logicamente «necessario»" (20).

<sup>32</sup> ID., *op. ult. cit.*, 21.

<sup>33</sup> ID., *op. ult. cit.*, 20.

3. *La libertà di autodeterminazione del cittadino dinanzi alle scelte dello Stato in materia di salute pubblica: alle radici del dibattito sull'obbligo vaccinale per il Sars-CoV-2*

Se è vero, come è vero, che il concetto di libertà nel moderno Stato costituzionale è ben racchiuso nell'espressione "possibilità di scelta", il vaglio del perimetro di tale possibilità e dei suoi limiti si mostra complesso dinanzi alle questioni che attengono alla salute. Tale complessità è resa evidente dal tenore dell'art. 32 della Costituzione che tutela la salute sia come fondamentale diritto dell'individuo sia come interesse della collettività<sup>34</sup>.

Tra le due sfere, come è stato rappresentato, "può sussistere una relazione antagonista", che trova una concreta dimostrazione in ambito di vaccinazioni collettive<sup>35</sup>. Si tratta di una relazione antagonista in cui, da un lato, si colloca il diritto del singolo, ulteriormente avvalorato da quanto disposto dal secondo comma dell'art. 32 Cost.<sup>36</sup>; dall'altro lato, si pone l'interesse collettivo cristallizzato nel concetto di salute pubblica. Mentre il primo è potenzialmente circoscrivibile ed è specificatamente regolamentato attraverso una riserva di legge (*ex art. 32, comma 2, Cost., appunto*), il secondo ha carattere astratto e indefinito.

A ben vedere, ad un diritto individuale si contrappone un valore meta-positivo (la salute pubblica), come tale relativo e cangiante al cospetto del periodo storico di riferimento e della sensibilità di coloro che sono investiti della sua protezione<sup>37</sup>. Questo conflitto, divenuto concreto in periodo di emergenza epidemiologica da Covid-19, è stato affrontato in relazione al tema dell'obbligo vaccinale, facendo sovente, impropriamente, uso delle prime due categorie di libertà declinate nel lavoro di Alessandro Pace, con la conseguenza che la scelta del legislatore di disporre un simile obbligo è stata ritenuta legittima da chi ha posto a fondamento della stessa la libertà (*rectius*, il dovere assoluto e incondizionato) dello Stato di salvaguardare l'interesse della popolazione di proteggersi dal contagio e dalle sue conseguenze nefaste, ovvero illegittima da chi ha posto in evidenza la compromissione della libertà del singolo di autodeterminarsi rispetto alla imposizione di un trattamento sanitario di natura vaccinale, ritenuto irragionevole e ingiustificato.

La libertà del singolo nella cornice dello Stato costituzionale è, però, libertà di scelta nei limiti della legge (e dei principi) vigenti in un dato ordinamento. Se è sin troppo evidente professare il rispetto di una legge impositiva di un obbligo

---

<sup>34</sup> Sul tema, si rimanda a M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 2, 455 ss.

<sup>35</sup> C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., 152.

<sup>36</sup> "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".

<sup>37</sup> F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere*, in *costituzionalismo.it*, 2021, 1, 87.

vaccinale, non ci si può non soffermare sull'ulteriore riflesso di tale libertà 'condizionata', che attiene al diritto dello stesso cittadino di porre in discussione la legittimità di una simile legge impositiva con i modi e con gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento.

L'alea che ammantava il concetto di salute pubblica trova nella discrezionalità legislativa il suo contrappeso, nel senso che i pubblici poteri sono chiamati a tutelare l'interesse della collettività in materia di salute, ad esempio in contesti critici per l'intera popolazione come un'emergenza pandemica, adottando le misure normative più idonee, purché proporzionate a fronteggiare una data situazione critica attraverso l'esame attento dalla situazione di fatto e dei dati scientifici disponibili<sup>38</sup>.

In ambito di leggi impositive di trattamenti sanitari obbligatori, però, la Corte Costituzionale ha enucleato paletti ben definiti, secondo cui: *“la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è 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; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)”*<sup>39</sup>.

Principi indicatori oramai scolpiti e ineludibili, dai quali non poter prescindere per orientare le riflessioni versate nei capitoli successivi.

#### 4. *La libertà (rectius, discrezionalità) dello Stato legislatore nell'adottare misure di contrasto alla pandemia*

Uno Stato che si trovi dinanzi a un evento epocale come una pandemia è tenuto ad affrontare il delicato compito di assumere scelte che ambiscono ad avere effetti rimediali. Le criticità che si annidano in scelte di tale portata, soprattutto con riferimento al tema dell'obbligo vaccinale, sono quanto meno di tre ordini: di carattere *soggettivo*, di carattere *oggettivo* e di carattere *metodologico*.

<sup>38</sup> Osserva C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., che *“Un uso ragionevole della discrezionalità legislativa, infatti, non solo deve tenere conto dei dati scientifici e della situazione di fatto, ma deve essere rigorosamente improntato ai principi di proporzionalità, necessità, distinguendo le opzioni in base a condizioni di salute, età, sesso, ecc. per evitare di trattare in modo uguale casi diversi o in modo diverso casi uguali”* (152). Precisa E. CAVASINO, *Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio a quo e giudizio di legittimità costituzionale: il caso dell'obbligo vaccinale nella decretazione d'urgenza per il contrasto della pandemia da Covid-19*, in in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, che *“Le leggi non sono ... «science-driven», ma «science-based». In altri termini, non è pensabile, almeno secondo una parte dottrina che qui si condivide, che il legislatore non possa operare, in materia tecnico-scientifica alcuna sintesi politica fra dato tecnico-scientifico ed altri interessi o «dati» di differente carattere”* (11).

<sup>39</sup> Corte Cost. n. 5/2018, cit.

Dal punto di vista *soggettivo*, la questione è stata posta da Habermas individuando, da un lato, la libertà e l'autonomia del cittadino singolo, entrambe incise dalla situazione emergenziale in corso, e dall'altro lato la tutela della collettività, con una conseguente necessità di imporre un contributo di solidarietà da parte dei cittadini tutti. Solidarietà che da volontaria diviene oggetto di un vero e proprio obbligo da poter versare in una previsione legislativa *ad hoc*<sup>40</sup>. Il principio di solidarietà, di derivazione costituzionale, unito alla crisi derivante da un'emergenza determinata da un virus altamente contagioso, ha per la verità fornito alla dottrina una argomentazione decisiva per far oscillare il pendolo della tutela verso la collettività tutta, sul solco della "recrudescenza" dei doveri del singolo<sup>41</sup>.

Il contemperamento tra libertà di autodeterminazione e tutela della collettività, però, esaminato nell'ottica dell'obbligo vaccinale, se del caso generalizzato, deve fare i conti con due questioni che appaiono ineludibili per valutare se debba prevalere quella che, di primo acchito, sembra la conclusione più ragionevole, in quanto volta a tutelare la salute pubblica quale migliore espressione dell'interesse pubblico da perseguire. La prima questione riposa sul principio di differenziazione, che porta a dubitare, come è stato osservato in dottrina, della legittimità costituzionale di "un obbligo che presupporebbe un bilanciamento tra rischi e benefici effettuato una sola volta per tutti ... non differenziando (tra bambini, adolescenti, giovani, adulti e anziani, donne e uomini, condizioni di fragilità, in base al tipo di attività esercitata che pone la persona ad un rischio più o meno alto di contagiarsi e di contagiare, ecc.)"<sup>42</sup>.

L'azione dello Stato sembrerebbe aver tenuto conto del principio di differenziazione all'interno dei provvedimenti legislativi in materia di obbligo vaccinale, agendo gradualmente e ponendo tale obbligo dapprima a carico di categorie di soggetti specifici<sup>43</sup>, tenuti soprattutto in virtù della professione o dell'attività svolta, e poi estendendolo a tutti i soggetti sopra i cinquant'anni di età<sup>44</sup>. Ma tale conclusione vacilla al cospetto delle disposizioni in materia di *green pass*, che sottraendo alla popolazione ampi spazi di libertà personale in assenza della vaccinazione anti Covid-19, ha indotto (o forse costretto?)<sup>45</sup> anche coloro che non erano obbligati all'inoculazione.

La seconda questione ineludibile, che si staglia all'interno della dicotomia

<sup>40</sup> J. HABERMAS, *Proteggere la vita. I diritti fondamentali alla prova della pandemia*, Bologna, 2022, 105-106.

<sup>41</sup> F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia*, cit., *passim*.

<sup>42</sup> C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., 165-166. Peraltro, prosegue l'Autore, "gli stessi dati scientifici, come ad esempio quelli pubblicati periodicamente dall'istituto superiore di sanità, sono estremamente attenti alle differenze (di fascia di età, di sesso, di condizioni di salute pregresse, ecc.) per cui, lungi dall'indicare la strada della generalizzazione, sono acquisiti proprio con l'intenzione di aiutare la migliore comprensione possibile della complessità della situazione di fatto, disaggregando i dati riferiti all'intera popolazione" (166).

<sup>43</sup> Ad esempio, per il personale sanitario, ai sensi del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44 convertito dalla legge 28 maggio 2021, n. 76.

<sup>44</sup> Ai sensi del decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1 convertito dalla legge 4 marzo 2022, n. 18.

<sup>45</sup> Il c.d. *green pass*, limitando in maniera più o meno ampia le libertà dei cittadini (a seconda della tipologia applicata di volta in volta dal Governo), costituisce una indubitabile "spinta" verso

libertà di autodeterminazione/tutela della salute collettiva nel contesto della vaccinazione obbligatoria anti Covid-19, riguarda il tema della capacità del vaccino di incidere sulla trasmissione del contagio<sup>46</sup>. Nell'ambito di una emergenza derivante da un virus altamente contagioso, al netto delle conseguenze gravi che per taluni/e lo stesso determina, per arrivare a dire che una terapia è efficace contro tale virus a livello collettivo, e non meramente individuale, l'unica argomentazione valida – “*per la contraddizion che nol consente*”<sup>47</sup> – è ritenere che il trattamento vaccinale sia in grado di bloccare o quanto meno ridurre la catena del contagio<sup>48</sup>.

la vaccinazione. Dubbi, però, possono nutrirsi sul fatto che si tratti di “spinta gentile” e di un esercizio di potere riconducibile alla c.d. *nudge theory*; dubbi avvalorati dal recente saggio di A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, secondo cui “*Questo spiega perché secondo alcuni autori (posizione che chi scrive condivide) il caso in questione non rientra a pieno titolo nell'ambito del nudge, dal momento che non viene in rilievo alcuna strategia di “incoraggiamento” della persona ad adottare una certa decisione, di cui la persona stessa sia inconsapevole, ma ausili formativi (lo sviluppo delle competenze) e informativi utili a ragionare e a decidere in modo razionale*” (29); in senso contrario, R. LOMBARDI, F. SANTINI, *Green pass ed obbligo vaccinale, nel prisma delle scienze razionali*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, 4-7.

<sup>46</sup> Sul tema, si veda Corte Cost., 12 marzo 2021, n. 37, la quale, sia pure emessa in materia di misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione Valle d'Aosta, ha avuto modo di statuire che “*ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all'ambito di competenza locale, abbia un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla*”.

*Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali?*”.

<sup>47</sup> D. ALIGHIERI, *Divina Commedia. Inferno, Canto XXVIII*, v. 120: “*ch'assolver non si può chi non si pente, né pentere e volere insieme puossi per la contraddizion che nol consente?*”.

<sup>48</sup> Su tale aspetto, la giurisprudenza più recente si è espressa in maniera coerente, sia pur sulla base di percorsi in parte disomogenei. Il Consiglio di Stato, nella nota sentenza n. 7045/2021, è stato fermo nell'affermare che “*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?*”. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, all'interno della ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 351/2022 (su cui ci si soffermerà diffusamente *infra*, sub capitolo 4), ha avuto modo di affermare che “*l'argomento della scarsa incidenza della vaccinazione nel contrastare la trasmissibilità del virus – tratto dalla constatazione che soggetti vaccinati sono in grado di infettarsi e infettare – è inidoneo a scardinare la razionalità complessiva della campagna di vaccinazione, concepita, certo, con l'obiettivo di conseguire una rarefazione dei contagi e della circolazione del virus, ma anche allo scopo di evitare l'ingravescente della patologia verso forme severe che necessitano di ricovero in ospedale, obiettivo tuttora conseguito dal sistema preventivo in atto, il quale si avvantaggia, proprio grazie alla maggiore estensione della platea dei vaccinati, di una minore pressione sulle strutture di ricovero e di terapia intensiva*”.

17.4. Tale ragionamento viene condiviso dal Collegio: *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?*”. Ci si domanda se la questione della pressione sul sistema ospedaliero sia rilevante

Dal punto di vista *oggettivo*, le scelte dello Stato in materia di obbligo vaccinale sono orientate da una discrezionalità chiamata a riposare su dati e conoscenze medico-scientifiche presenti al momento della decisione da intraprendere<sup>49</sup>, e che tende a divenire più ampia (con la conseguenza che minori saranno i margini di sindacabilità dinanzi al Giudice delle leggi) al cospetto di un quadro scientificamente *sensibile* e dunque incerto<sup>50</sup>, se non più ampia *tout court* per il solo effetto della presenza dell'emergenza epidemiologica da fronteggiare<sup>51</sup>. Nell'intricato rapporto che si instaura tra discrezionalità legislativa e conoscenze medico-scientifiche contingenti emerge la centralità del principio di precauzione, che impone di adottare i provvedimenti più opportuni per evitare le potenziali conseguenze negative per la sanità pubblica portate da fenomeni in grado di metterla a repentaglio<sup>52</sup>. Principio che, secondo il Consiglio di Stato sarebbe, chiamato ad operare, in epoca pandemica e con riferimento a misure volte a disporre l'obbligo vaccinale, in senso inverso e controintuitivo<sup>53</sup>, potendo determinare la possibilità

---

al fine di ritenere una data disposizione legislativa conforme al dettato dell'art. 32 Cost. Secondo C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., “Il beneficio per la salute pubblica nemmeno può risiedere nella riduzione del carico sulle strutture sanitarie, che non è elemento contemplato dall'art. 32 Cost. per ammettere la compatibilità costituzionale di una legge impositiva di un trattamento sanitario” (169).

<sup>49</sup> Anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili: Corte Cost. n. 5/2018, cit.; Corte Cost., 12 luglio 2017, n. 169; Corte Cost., 14 novembre 2003, n. 338; Corte Cost., 26 giugno 2002, n. 282.

<sup>50</sup> Tale aspetto è ben rappresentato da A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale*, cit., il quale, richiamando alcune pronunce della Corte Costituzionale sul tema, afferma che “Non si perda, ad ogni buon conto, di vista che il rapporto tra diritto e scienza – come si è tentato di mostrare altrove – appare essere alquanto complesso. Lo stesso giudice costituzionale tiene distinti i casi in cui la scienza si presenti al proprio interno divisa da quelli in cui invece appaia compatta nel somministrare “verità” ormai inconfutabili.

Nella prima evenienza, apprendiamo da Corte cost. n. 84 del 2016 che le questioni di costituzionalità che potrebbero qualificarsi come scientificamente sensibili vadano fatalmente incontro ad una dichiarazione d'inammissibilità, proprio per il fatto che su di esse, a motivo delle divisioni esistenti tra gli esperti, la Costituzione si trova obbligata a restare “muta”.

Nella seconda, di contro, le certezze scientifiche danno modo alla Costituzione di “parlare”, in un senso scientificamente orientato appunto” (10).

<sup>51</sup> In questo senso, Corte Cost., 11 novembre 2021, n. 213.

<sup>52</sup> Cfr. TAR Lazio – Roma, sez. III, 2 aprile 2021, n. 4006, che ha avuto modo di precisare che “ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche”.

<sup>53</sup> Cons. Stato n. 7045/2021, cit., secondo cui “In fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito – va ribadito – tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi,

(*rectius*, legittima discrezionalità) del legislatore di consentire, fino ad imporre, trattamenti sanitari in grado di determinare più rischi che benefici.

Resta il profilo critico di carattere *metodologico*. Lo Stato ha optato per l'adozione di un metodo principale, individuato nella disciplina del *green pass*, e uno residuale riconducibile alla imposizione vaccinale solamente per determinate categorie di soggetti o per specifiche fasce di età. Il primo metodo, per quanto denso di implicazioni, non rileva nell'ambito del presente lavoro. Rilevano, invece, le disposizioni legislative volte ad imporre l'obbligo vaccinale, che di recente hanno riguardato gli studenti di corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie ai sensi dell'art. 4 del decreto-legge n. 44/2021 (convertito dalla legge n. 76/2021), su cui si è espresso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, che ne ha posto in discussione la legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34 e 97 della Costituzione stessa.

La teoria della separazione dei poteri, allora, trova nel contesto pandemico emergenziale modo e ragione di esaltare le sue fondamenta, conferendo al contempo essenza e dignità alle libertà del singolo, che saranno comunque soddisfatte nell'ottenere una pronuncia del Giudice delle leggi volta sindacare la discrezionalità del legislatore che quella libertà ha ritenuto di poter incidere per finalità di interesse pubblico e di tutela della collettività.

5. *La libertà (rectius, il potere) del Giudice di dubitare sulla legittimità costituzionale di disposizioni che impongono un trattamento sanitario al cittadino: la recente ordinanza del CGARS n. 351 del 22 marzo 2022 di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 44/2021*

In un contesto emergenziale e nell'ambito di uno Stato democratico costituzionale, la possibilità di sottoporre a un attento scrutinio la conformità a Costituzione dell'esercizio del potere legislativo ambisce a divenire necessità. Non fosse altro perché è l'unico presidio che resta a tutela dei diritti e delle libertà del cittadino, tutti da verificare. Al di fuori di questo perimetro che potrebbe definirsi istituzionale, si pone chi di recente ha esaminato una possibile legittimazione

---

*in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco".* Al riguardo, è stato osservato che "nel caso dell'imposizione dell'obbligo vaccinale per Covid-19 in capo a determinate categorie di persone, non è corretto parlare di applicazione in senso inverso del principio di precauzione, bensì di (parziale) non applicazione dello stesso<sup>27</sup>, nella misura in cui esso opera correttamente se si esamina il fenomeno dal punto di vista della accezione collettiva del diritto alla salute, mentre risulta sostanzialmente disapplicato nell'ottica della tutela del diritto alla salute del singolo operatore sanitario": M. CALABRÒ, *Obbligo vaccinale e (presunta) applicazione del principio di precauzione "in modo inverso"*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale, 9.

del diritto di resistenza e disobbedienza, ponendo le possibili basi per una “*teoria dei controllimiti individuali*”<sup>54</sup>.

La questione, sia pure di notevole interesse, non può che essere tuttavia accantonata ponendosi di fuori dello schema di indagine sin qui delineato, in cui si colloca a pieno titolo la pronuncia del CGARS n. 351 del 22 marzo 2022 di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 44/2021, dalla quale emerge una indubbia profondità d'analisi e la stringente sequenza logica di alcune argomentazioni poste a supporto delle relative statuizioni. La rimessione alla Corte Costituzionale sopra accennata passa principalmente per il vaglio di due questioni decisive: l'una riguardante gli effetti avversi derivanti dall'inoculazione del vaccino anti Covid; l'altra relativa all'inadeguatezza del *triage* pre-vaccinale.

Con riferimento alla prima, la pronuncia in questione:

- i) parte da una premessa, che consiste nel richiamare l'orientamento della Corte Costituzionale secondo cui “*la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. a condizione, tra l'altro, che si preveda che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze «che appaiano normali e, pertanto, tollerabili»*”<sup>55</sup>;
- ii) esamina i dati, derivanti anche dalla relazione istruttoria generata all'esito della verifica disposta dallo stesso CGARS, a tenore dei quali “*complessivamente, durante il primo anno dell'attuale campagna vaccinale, sono state inserite, nella Rete Nazionale di Farmacovigilanza, 117.920 segnalazioni di sospetto evento avverso, successivo alla vaccinazione, su un totale di 108.530.987 dosi di vaccino, con un tasso di segnalazione di 109 segnalazioni ogni 100.000 dosi somministrate, ..... (e) con un tasso di 17,6 eventi gravi ogni 100.000 dosi somministrate. Come risulta evidente, non solo il numero di eventi avversi da vaccini anti SARS-COV-2 è superiore alla «media .... degli eventi avversi già registrati per le vaccinazioni obbligatorie in uso da anni», ma lo è di diversi ordini di grandezza (109 segnalazioni, a fronte di 17,9, e con un tasso di 17,6 eventi gravi ogni 100.000 dosi somministrate, a fronte di un tasso 1,9 segnalazioni gravi)*”<sup>56</sup>;
- iii) pone il tema dei dati sugli effetti avversi, e sulla attendibilità del sistema della

<sup>54</sup> Cfr. D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2020, 2, secondo cui “*la legittimazione della resistenza e della disobbedienza, tanto che la si voglia ancorare a premesse teorico-generalì o piuttosto di diritto positivo, riposa in ultima istanza sull'esistenza di un limite invalicabile alla facoltà del potere di disporre dei diritti e delle libertà individuali, da ricollegarsi al valore centrale della persona e alla ragion d'essere delle istituzioni politiche, che rappresentano un mezzo e non un fine rispetto all'uomo. Questo 'vallo', ovviamente incerto e nient'affatto euclideo nelle sue modalità di determinazione, dovrebbe rappresentare il confine ultimo oltre il quale né i capisaldi del principio liberale, né i cardini del principio democratico possono tollerare attenuazioni, anche di fronte alla congiuntura emergenziale della pandemia; più in là, sunt leones. Allo stesso tempo, esso dovrebbe rappresentare il punto di assestamento rispetto all'eventuale rischio che il liberalismo collassi sotto le spinte della democrazia, o meglio delle degenerazioni della democrazia*” (2).

<sup>55</sup> CGARS, ord. n. 351/2022, cit., che richiama Corte Cost. n. 5/2018, cit.

<sup>56</sup> CGARS, ord. n. 351/2022, cit.

loro raccolta, al centro del ragionamento, prendendo in considerazione il fatto che i vaccini anti Covid sono stati sottoposti a una autorizzazione condizionata, di tal che “*successivamente alla commercializzazione, prosegue il processo di valutazione (rinviossi, al riguardo, per maggiori dettagli, ai chiarimenti acquisiti in sede istruttoria), suscettibile di essere inficiato tanto da un’erronea attribuzione alla vaccinazione di eventi e patologie alla stessa non collegati causalmente, quanto da una sottostima di eventi collaterali, specie gravi e fatali*”<sup>57</sup>;

- ii) giunge a concludere che “*i parametri costituzionali per valutare la legittimità dell’obbligo vaccinale, come fissati dalla costante giurisprudenza della Corte costituzionale, non sembrano rispettati, in quanto non vi è prova di vantaggio certo per la salute individuale e collettiva superiore al danno per i singoli, non vi è prova di totale assenza di rischio o di rischio entro un normale margine di tollerabilità, e non vi è prova che – in carenza di efficacia durevole del vaccino- un numero indeterminato di dosi, peraltro ravvicinate nel tempo, non amplifichi gli effetti collaterali dei farmaci, danneggiando la salute*”<sup>58</sup>.

Stessa metodologia è stata seguita nel porre in evidenza l’ulteriore criticità che, “*come emerso dalle risultanze dell’istruttoria, non è prevista, ai fini della sottoposizione a vaccino, una relazione del medico di base, il quale normalmente ha un’approfondita conoscenza dei propri assistiti. Il triage pre-vaccinale viene, quindi, demandato al personale sanitario che esegue la vaccinazione, che a sua volta deve affidarsi alle (inevitabilmente variabili) capacità del soggetto avviato a vaccinazione di rappresentare (nella ristretta tempistica a ciò destinata) fatti e circostanze rilevanti circa le proprie condizioni generali e lo stato di salute*”<sup>59</sup>.

Siamo, dunque, dinanzi a manifesto giudiziario no vax?<sup>60</sup> La risposta merita di essere positiva se alla pandemia viene data una visione d’insieme, comunitarista, come un’immane tragedia che ha generato un numero elevatissimo di morti e ha messo a dura prova la tenuta del nostro sistema sanitario. Merita di essere positiva se si conferisce all’Autorità, nonché all’interesse pubblico e alla salute collettiva, un primato quasi aprioristico e dunque assoluto e indiscutibile. Merita di essere positiva dinanzi all’*aut aut* posto dalla dottrina: “*Delle due dunque l’una: o i vaccini servono (e sono, anzi, sommamente utili), ed allora proprio per ciò sono nella presente congiuntura necessari, per tutti. Oppure non servono o sono (o si teme che siano) addirittura dannosi, ed allora chiaramente non vanno somministrati, a nessuno, a partire proprio dal personale sanitario che è, in via generale, preposto alla salvaguardia della salute individuale e collettiva. Un’alternativa stringente, come si vede, che non concede spazio per soluzioni diverse e quodammodo mediane tra i poli estremi suddetti*”<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibid*.

<sup>59</sup> *Ibid*.

<sup>60</sup> Come è stato autorevolmente sostenuto, sia pure con riferimento all’ordinanza istruttoria dello stesso CGARS n. 38/2022, che ha determinato le fondamenta per quella oggetto di esame: cfr. G. CORSO, *Un manifesto giudiziario no vax?*, in *Nuove Autonomie*, 2022, I-Speciale.

<sup>61</sup> A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale*, cit., 9.

Se, però, si considera che l'ordinanza in questione sembra essere, semplicemente, una pronuncia sul caso concreto, emessa all'esito di una elaborata istruttoria e di un serrato confronto con i dati, il giudizio potrebbe essere diverso, se non di segno opposto. Soprattutto, se si considera il fatto che una simile pronuncia sembra trovare una sua acconcia dimensione nel quadro dell'attuale costituzionalismo democratico, mostrandosi rispettosa del rapporto tra democrazia e giurisdizione, astretto tra momenti di tensione e rischio di confusione<sup>62</sup>, nell'aver effettuato una piana operazione di sussunzione mediata dalla valutazione dei principi costituzionali rilevanti nel caso di specie<sup>63</sup>.

Nel caso, infatti, il CGARS ha: *a*) individuato la norma del caso concreto (art. 4 del decreto-legge n. 44/2021), recante l'obbligo vaccinale agli studenti di corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie; *b*) esaminato tale disposizione con la lente delle norme costituzionali (in particolare, l'art. 32 Cost.) e dei principi costituzionali in materia (quelli enucleati, su tutte, da Corte Cost. n. 5/2018); *c*) evidenziato la tensione tra la prima e i secondi, attraverso l'esame dei dati; *d*) rimesso gli atti alla Corte Costituzionale al fine di poter sindacare la fondatezza del contrasto ipotizzato.

L'ampio uso dei dati per giustificare il delicato percorso intrapreso colloca l'ordinanza del CGARS al di fuori del soggettivismo giudiziale e, anzi, sembra poterle attribuire una certa dose di prevedibilità, mostrandosi scevra da sentimentalismi<sup>64</sup> volti ad attribuire all'interesse pubblico e della collettività un primato tutto da verificare alla prova dei fatti, dei dati e del caso concreto, appunto.

Ci si potrebbe interrogare sul fatto se la pronuncia pecchi nel dare troppo rilievo all'interesse del singolo cittadino dinanzi a quello della collettività, perché è chiaro che l'esame accurato di tutte le complicazioni possibili scaturenti da una vaccinazione obbligatoria generalizzata potrebbe indurre i decisori a non disporla mai<sup>65</sup>. Ma il CGARS ha potuto rintuzzare anche su tale aspetto, mettendo in rilievo come i principi declinati dalla Consulta non sembrano lasciare

<sup>62</sup> Temi affrontati in modo sistematico nel recente saggio di P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto a giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

<sup>63</sup> E. SCODITTI, *Giurisdizione per principio e certezza del diritto*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4, secondo cui "vi è da aggiungere che la stessa classica operazione di sussunzione nella fattispecie legale è destinata a mutare quando si entra nell'universo dei principi costituzionali. La sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta è mediata dai principi, nel senso che la regola – attraverso la quale si procede alla sussunzione – è resa conforme a Costituzione mediante l'interpretazione adeguatrice al bilanciamento fra principi" (25-26).

<sup>64</sup> R. LOMBARDI, F. SANTINI, *Green pass ed obbligo vaccinale*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> Al riguardo, Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, la quale, in tema di epatite B, aveva avuto modo di rilevare che "la prescrizione indiscriminata e generalizzata di tutti gli accertamenti preventivi possibili, per tutte le complicanze ipotizzabili e nei confronti di tutte le persone da assoggettare a tutte le vaccinazioni [potrebbe rendere] di fatto praticamente impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari".

spazio a valutazioni di natura quantitativa rispetto al tema degli effetti avversi conseguenti alle vaccinazioni anti Covid, anche alla luce dei delicati profili etici riconducibili alla individuazione dei soggetti a cui debba spettare la percentuale di “sacrificabili”<sup>66</sup>.

## 6. Conclusioni

La potenziale antitesi tra individuo e collettività, tra *demos* e cittadino<sup>67</sup> – o per meglio dire tra comunità di interessi, retta dal criterio della mera coordinazione di condotte, e comunità di vita – merita di essere risolta alla luce della fattispecie giuridica concreta in cui questa assume rilievo.

Si aprono due vie: porre al centro della condotta controversa il dovere dell’individuo di obbedire alle leggi, tanto più in pendenza di una emergenza pandemica e tanto più se si volge lo sguardo al fatto che, in una situazione di tal fatta, un simile dovere trova peraltro una nobile ispirazione: il principio di solidarietà, che la Costituzione presidia e favorisce<sup>68</sup>; mettere *tout court* al centro l’individuo nella duplice dimensione di soggetto autonomo avente pari dignità rispetto agli altri e di persona morale<sup>69</sup>. Questa centralità dell’individuo nello Stato costituzionale trova la sua fisiologica declinazione in sede processuale dove la legge generale e astratta diviene il necessario presupposto per la individualizzazione del fenomeno giuridico, per mezzo, appunto, del processo, della sua istruttoria e della decisione finale<sup>70</sup>. Ed è proprio in questa dimensione che deve porsi la questione della legittimità costituzionale della norma utile al caso concreto al fine di dirimere la controversia.

Nel caso del decreto-legge n. 44/2021, la questione sollevata dal CGARS con l’ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale qui in esame ha riguardato una norma volta a imporre un obbligo vaccinale in un periodo di emergenza

<sup>66</sup> CGARS, ord. n. 351/2022, cit.

<sup>67</sup> L. FERRAJOLI, *Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, secondo cui “Il popolo [...] non è un «corpo politico» organico, cioè una sorta di macrosoggetto dotato di un’impossibile e impensabile identità e volontà unitaria. Al contrario [...], esso è un soggetto collettivo i cui componenti sono accomunati soltanto dalla titolarità delle medesime modalità costituenti o aspettative costituite. Ne consegue – possiamo ora precisare, rovesciando l’idea che la costituzione supponga un *demos* del quale sarebbe espressione – che il popolo, non diversamente dalla sfera pubblica, è costituito proprio dalla comune titolarità, in capo a ciascuno dei suoi componenti, dei medesimi diritti fondamentali, cioè dell’uguaglianza en droits tra essi istituita dal patto costituzionale.

È dunque l’uguaglianza nei diritti fondamentali, e non già una supposta volontà comune di una supposta entità collettiva organica, che genera «l’unità di un popolo», nell’unico senso in cui di una tale unità si può parlare in democrazia” (928-929).

<sup>68</sup> È stato però osservato che, “se un soggetto attivo si riconosce in questo rapporto, esso non è l’individuo singolo coi suoi diritti originari da far valere anche contro il potere di governo ma il popolo nella sua totalità, in cui l’individuo singolo scompare come soggetto di diritti”: N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, 57.

<sup>69</sup> ID., *op. ult. cit.*, 60.

<sup>70</sup> A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 283 ss.

epidemiologica da Covid-19 posta a presidio della salute, tanto individuale (dei destinatari della norma) quanto collettiva (pubblica). Il contrasto tra questi due interessi sembra ineluttabile anche in presenza di un solo cittadino 'sacrificabile'.

Ebbene, alla ricordata ordinanza del CGARS va indubbiamente ascritto un merito precipuo, che è quello di aver posto al centro del proprio scrutinio l'individuo autonomo ed etico, facendo intendere che lo stesso non è un mero funzionario del bene collettivo<sup>71</sup>, ma un portatore di interessi da coordinare con gli interessi altrui. La notevole e accurata istruttoria è l'alveo su cui riposa tale (rinnovata) centralità, forse rimasta (troppo) sullo sfondo di altre pronunce contermini.

Resta il fatto che solamente la Consulta potrà dirimere il dilemma se l'interesse dell'individuo alla propria autodeterminazione potrà prevalere sull'interesse della collettività. Al servizio di tale complesso compito vi sono i principi che essa stessa ha formulato affinché non vi sia tensione e contrasto tra l'imposizione di un obbligo vaccinale e l'art. 32 Cost., e cioè che il trattamento vaccinale sia destinato a migliorare e a preservare non solo lo stato di salute di colui che vi è assoggettato, ma anche lo stato di salute degli altri, e che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano tollerabili<sup>72</sup>.

Potrebbe essere l'occasione per sciogliere un nodo: se la tutela della salute fosse espressione di un patto di solidarietà tra individuo e collettività<sup>73</sup>, allora i casi di effetti collaterali da vaccinazione obbligatoria sarebbero per definizione tollerabili anche in virtù della loro indennizzabilità<sup>74</sup>; se, invece, fosse il principio personalistico ad essere ritenuto prioritario per la risoluzione della questione *de qua*, ponendo al centro il rispetto della singola persona come precipuo e da tutelare *uber alles*<sup>75</sup>, le conclusioni sarebbero destinate ad essere meno nette.

Il tema dei valori di partenza sarà comunque decisivo<sup>76</sup> per sciogliere l'ampia portata dei principi in questione.

I nuovi principi che lo stesso Giudice delle leggi è chiamato ad esprimere potrebbero essere formulati in un momento in cui la crisi pandemica e la conseguente necessità di disquisire di un obbligo vaccinale potrebbe essere ormai superata.

Ma in un ambito sempre di Stato di prevenzione<sup>77</sup> simili principi non potranno che orientare contegni futuri, ad indubitabile beneficio, in termini di migliore chiarificazione di un rapporto intricato, dei diritti e dei doveri dei cittadini.

---

<sup>71</sup> Benché, è evidente, vi sono casi in cui tale funzione si rende non solo accettabile, ma anche necessaria, a seconda dei casi concreti.

<sup>72</sup> Corte Cost. n. 5/2018, cit.

<sup>73</sup> Cfr. Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 118.

<sup>74</sup> Cfr. Corte Cost. n. 118/2020, cit.

<sup>75</sup> C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto*, cit., 155.

<sup>76</sup> F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia*, cit., 86-87.

<sup>77</sup> E. DENNINGER, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo e legge fondamentale* di C. Amirante (a cura di), Torino, 1998, 38. Concetto rievocato nel recente lavoro di V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia*, cit., 292.