

Oltre il Covid. Verso l'obbligo di cura per i sani?

Il pericoloso tentativo di scardinare ex post la *ratio* liberal-democratica dell'obbligo vaccinale per 'giustificare' «scelte tragiche» rivelatesi errate per razionalità postuma*
di
Carlo Iannello**

“Questa idea di curare i sani è solo l'ultimo atto di una strategia che inizialmente è partita allargando artificialmente la platea dei malati. Non è un caso che i valori-soglia considerati un tempo normali per la glicemia, il colesterolo o la pressione arteriosa siano stati progressivamente abbassati: per ognuno di questi aggiustamenti, è cresciuto a dismisura il numero di persone cui prescrivere medicinali”.
E se la prossima volta che leggerete sul giornale un mega inserto sulla salute dove si parla di doloretto alla schiena, tenete a mente questa battuta rapida ma efficace: “La fibromialgia, per esempio, è una ‘nuova’ malattia che sembra fatta apposta allo scopo di vendere analgesici”. Silvio Garattini, direttore dell'Istituto di ricerche farmacologiche Mario Negri di Milano, *Il Fatto quotidiano on line*, 29 novembre 2011

Sommario: 1. Oltre il Covid. Una decisione sul nostro futuro. 2. Le numerose ordinanze di rinvio alla Consulta e i vizi denunciati. 2.1 Le ordinanze del CGARS e del Tribunale di Padova, entrambe volte a far dichiarare l'incostituzionalità della medesima legge in tema di obbligo vaccinale possono produrre effetti pratici radicalmente diversi. 3. La duplice risposta delle liberal-democrazie di fronte all'obbligo vaccinale: dall'assenza di obbligo alla sua legittimità in presenza di una precisa razionalità. 4. L'emergenza (passata) come giustificazione per introdurre deroghe radicali ai principi ordinari destinate a diventare le regole ordinarie del futuro. 5. Verso le cure obbligatorie per i sani?

1. Oltre il Covid. Una decisione sul nostro futuro.

Il 30 novembre 2022 la Corte costituzionale si pronuncerà sulla legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale. In tema si rinvia alle argomentazioni sostenute in altra sede, di cui questo scritto rappresenta un aggiornamento¹.

* Ringrazio vivamente il Presidente Giancarlo Montedoro per un proficuo scambio di idee avuto con lui sull'argomento.

Quello che mi pare opportuno mettere chiaramente in evidenza è che la posta in gioco, questa volta, è molto alta. Non si tratta di una di quelle decisioni in cui il bilanciamento fra diritti e interessi opposti si può spostare di poco, oscillando di più verso la libertà o verso i suoi limiti, ma restando saldamente ancorato al solco tracciato dalla Costituzione e ribadito da decenni di giurisprudenza costituzionale.

La decisione in tema di legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale imposto ai sanitari per il Sars-Cov-2, per come è stata impostata e portata sul tavolo della Consulta, rischia, infatti, di compromettere seriamente una libertà fondamentale, superando – inaspettatamente – una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, intere biblioteche sull'art. 32 Cost., e ponendo – infine – le premesse per un radicale cambiamento del rapporto tra i cittadini e le autorità sanitarie: la libertà di cura, per come è stata tradizionalmente intesa, potrebbe diventare un ricordo del passato.

Pare incredibile che l'opinione pubblica, sempre attenta a ogni movimento che possa mettere in pericolo la tenuta della Costituzione e dei suoi principi, non si sia resa conto della rilevanza della posta in gioco. L'assenza di un dibattito serio, acceso, articolato, plurale, lascia perplessi².

** Professore associato di Diritto costituzionale.

¹ C. IANNELLO, *L'«interpretatio abrogans» dell'art. 32 della Costituzione. L'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 e le ordinanze di rinvio alla Consulta*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, *passim*.

² Sulle ordinanze di rimessione alla Consulta delle disposizioni in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 la comunità dei giuristi non si è praticamente espressa. A fronte, come si metterà in rilievo più avanti nel testo, di ben 12 ordinanze di rimessione, molte concernenti la ragionevolezza delle conseguenze relative al mancato adempimento dell'obbligo, alcune che contestano la disciplina perché in diretto contrasto con l'art. 32 Cost, la produzione scientifica è pressoché inesistente. Si contano infatti pochissimi articoli su tale questione, a fronte di una letteratura ampia sul cd. Green pass e sull'obbligo vaccinale Covid in termini generali. Con riferimento al primo filone cfr. C.I. BUONOCORE, *La posizione della giurisprudenza sul rifiuto di vaccinarsi con sospensione dal lavoro non retribuita*, in *ADAPT (Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali)*, 2022, 1 e ss.; C. CORBO, *Critiche crescenti all'obbligo dei vaccini per il personale sanitario: quale posizione assumerà la Corte Costituzionale?*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 6 luglio 2022. Un solo articolo invece è relativo all'ordinanza del CGARS, apparso questa volta su una rivista di diritto pubblico e costituzionale: M. CALAMO SPECCHIA, *Uti singuli v. uti universi. L'obbligo vaccinale anti Covid-19 dinanzi alla Consulta e la sorte del diritto di autodeterminazione. Riflessioni su ordinanza n. 351 del 22 marzo 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana in Diritto Pubblico Europeo, Rassegna on line*, n. 1 del 2022.

Non si è compresa la portata della questione sottoposta alla Corte perché si ritiene, erroneamente, che la Consulta sia stata chiamata a decidere se i vaccini per il Sars-Cov-2 siano buoni o meno, efficaci o inefficaci. Come se la Consulta fosse un'autorità medica e il dibattito fosse rimasto bloccato agli argomenti che lo hanno caratterizzato nel corso degli ultimi due anni, del quale si ripropongono, fuori tempo massimo, i medesimi stereotipi. Chi dubita dell'efficacia dei vaccini, è visto come un no vax. Chi invece si fida della loro bontà, un pro vax.

Le cose, purtroppo, non stanno affatto così. Non sarà affatto questo il copione che troverà sul proprio tavolo la Consulta.

Innanzitutto, la Consulta è un giudice, non un'autorità medica: non è chiamata a dare alcun giudizio medico sulla vicenda, ma solo risposte giuridiche a questioni giuridiche. Inoltre, la sua decisione non potrà in alcun modo modificare il modo in cui la pandemia è stata gestita, ma ben potrà, al contrario, condizionare pesantemente il nostro futuro³.

Ad essa sono state poste delle questioni giuridiche: su queste dovrà pronunciarsi, avallandole o meno, con la sua autorevolezza di interprete ultimo della Carta costituzionale e con la sua profonda cultura giuridica.

Il problema è che il 30 novembre i giudici costituzionali si troveranno a dover affrontare alcune argomentazioni 'inedite', che contrastano radicalmente non solo con l'interpretazione consolidata dell'art. 32 Cost., ma anche con la stessa razionalità liberal-democratica delle vaccinazioni obbligatorie. Argomentazioni proposte, paradossalmente, proprio da chi, per primo, ha avanzato i dubbi di illegittimità costituzionale della normativa in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2.

Dalla risposta che la Consulta darà alle domande e – soprattutto – alle argomentazioni giuridiche prospettate dipenderà il modo in cui, come comunità nazionale, interpreteremo la libertà di cura nei prossimi anni. In particolare,

³ Circa la portata e le conseguenze che potrà avere la decisione della Consulta in questa materia, specie con riferimento alla questione proposta dal CGARS, si rinvia a C. IANNELLO, *L'«interpretatio abrogans» dell'art. 32 della Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, *passim* e, in particolare, all'introduzione del lavoro (p. 11 e ss).

sapremo se di questo diritto rimarrà inalterata la sua tradizionale consistenza oppure se questa libertà è destinata a cambiare radicalmente contenuto, fino ad annullarsi.

Non si riesce davvero a comprendere da cosa derivi non solo l'assenza di consapevolezza, ma addirittura la ritrosia ad approfondire il tema. Rari sono stati i commenti alle numerosissime ordinanze che si trovano sul tavolo della Consulta. Assenti i dibattiti che normalmente precedono importanti decisioni della Corte cui, normalmente, tutta la comunità accademica partecipa nella forma di «*amicus curiae*». Così come mancano i consueti interventi sulla stampa che danno conto delle questioni proposte e delle soluzioni possibili.

Non c'è nulla di tutto questo.

Come se, si ribadisce, si immaginasse che sul tavolo della Consulta si inscenerà uno dei tanti scontri tra no vax e pro vax cui l'informazione mediatica degli ultimi anni ci ha abituato. Si vagheggia, cioè, un contenzioso irrealistico e ci si affida, ancora una volta, agli stereotipi che si sono consolidati, soprattutto nell'informazione di massa, in questi ultimi anni.

Stereotipi che se erano inadatti a comprendere la complessità delle posizioni in campo due anni fa, figuriamoci come possono aiutarci oggi nello studio di questioni squisitamente giuridiche poste dalle ordinanze di rinvio, i cui esiti, si ribadisce, se certamente non potranno cambiare il passato, potrebbero invece condizionare il nostro futuro, ben oltre il Covid.

Sarebbe il caso di lasciare alle nostre spalle questa rappresentazione, assieme a tutte le lacerazioni che ha prodotto nel tessuto sociale del Paese, nel tentativo di offrire una chiave di lettura critica dei processi in corso, anche su questo tema.

Il CGARS, il massimo organo di giustizia amministrativa in Sicilia, prima a marzo e poi a settembre, ha sollevato, con identiche motivazioni, due questioni di legittimità costituzionale volte a far dichiarare l'illegittimità della normativa che ha imposto ai sanitari l'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2⁴. Il CGARS, che pure

⁴ Il CGARS ha prima emanato un'ordinanza istruttoria (in forza degli ampi poteri istruttori oramai riconosciuti al giudice amministrativo) il 17.1.2022, per acquisire alcune informazioni da parte delle autorità del Paese che si occupano di sanità pubblica (ord. n. 38 del 2022, Reg. Ric. n.

prospetta una pluralità di vizi di costituzionalità importanti, con serie e convincenti argomentazioni (come, fra gli altri, il superamento della soglia della normale tollerabilità degli effetti avversi, l'assenza del ruolo del medico di base nel prescrivere i vaccini, l'irragionevolezza di una disciplina sul consenso «libero» e informato da prestare a fronte dell'«obbligo» normativo, la sospensione dal lavoro e dall'intera retribuzione per il caso di mancato rispetto dell'obbligo) ha, tuttavia, posto alla base del proprio ragionamento un argomento davvero pericoloso per la sopravvivenza stessa della libertà di cura.

Un vero e proprio paradosso su cui pare il caso di soffermarsi.

Benché, come osservato, i dubbi di costituzionalità sollevati dal CGARS siano molti ed importanti, è il fondamento su cui si regge la motivazione fornita dal CGARS (in particolare, sull'integrazione del presupposto di costituzionalità, come si vedrà tra breve) che lascia perplessi.

1272/2021). A valle delle relazioni acquisite, ha poi promosso il giudizio di costituzionalità con ordinanza emanata il 22 marzo 2022 (ord. n. 351 del 2022, Reg. Ric. n. 1272/2021), pubblicata in G.U. Serie speciale n. 17 del 27 aprile 2022). Oltre a questa ordinanza il CGARS ha sollevato a settembre di questo anno un'ulteriore questione di legittimità costituzionale: il 7 settembre 2022, con ordinanza n. 947 del 2022, Reg. Ric. n. 678/2022 ha effettuato un nuovo rinvio alla Consulta. Quest'ultima ordinanza non risulta ancora pubblicata in G.U. A tale proposito, è bene precisare che le due ordinanze hanno una pressoché identica motivazione, ma si differenziano per una particolarità di non poco conto. La prima ordinanza del marzo 2022 è, infatti, a rischio di inammissibilità. Ciò perché essa si fonda su un ricorso proposto da un tirocinante in medicina che era stato escluso dalla frequenza dei corsi con atto del rettore in un momento in cui l'obbligo vaccinale non si dirigeva *espressamente* ai tirocinanti in medicina. Il CGARS ha, tuttavia, affermato che tale obbligo andasse esteso anche al tirocinante in medicina per identità di ratio con la disciplina impositiva dell'obbligo. L'art. 4 del d.l. n. 44 del 2022 intendeva, infatti, proteggere i pazienti fragili dal rischio di contagio ed anche i tirocinanti, al pari di medici, infermieri e altri esercenti le professioni sanitarie, ha osservato il CGARS, sono in contatto con tali pazienti. Solo successivamente al provvedimento di esclusione del Rettore l'obbligo vaccinale è stato espressamente esteso al tirocinante. Non è pertanto escluso che la Consulta possa dichiarare inammissibile la questione per difetto di rilevanza, ove ritenesse che, quando il rettore ha assunto il provvedimento, il tirocinante non fosse soggetto all'obbligo. Rischio che non sussiste, invece, per l'ordinanza del CGARS di settembre che, per il resto, cioè quanto ad impianto motivazionale, è sovrapponibile alla prima. Si segnala, infine, che anche il Tribunale di Padova ha emesso, il 14 luglio, un'ulteriore ordinanza in cui si solleva il dubbio di costituzionalità della legge in questione, sempre con riferimento all'art. 32 Cost., ma questa volta per violazione della riserva di legge in esso contenuta (dato l'ampio potere attribuito dalla legge alle circolari del Ministero della sanità di integrare e completare il disposto legislativo). Su tale ordinanza si rinvia sempre a C. IANNELLO, *L'«interpretatio abrogans» dell'art. 32 della Costituzione*, cit., in particolare all'appendice al volume.

Tale argomentazione, infatti, è la base su cui si reggono tutte le numerose censure formulate, rivolte, come accennato, contro una serie di modalità di dubbia ragionevolezza con cui opera l'obbligo vaccinale. Il pericolo che si prospetta in questa sede risiede proprio nella eventualità che il pilastro su cui si regge la motivazione proposta dal CGARS non sia corretto dalla Corte costituzionale. Se così fosse, anche se, eventualmente, fossero accolte tutte le censure proposte, gli esiti del giudizio di costituzionalità, lungi dal produrre un ampliamento della libertà di autodeterminazione con riferimento alla propria salute, potrebbero espandersi ben al di là del Covid, incidendo sulla tradizionale lettura della libertà di cura e minacciando la sua stessa consistenza.

Come osservato, rari sono stati i commenti a questa ordinanza e in alcuno di essi questo punto è stato messo in luce⁵. Alcuni commenti si sono avuti non con riferimento all'ordinanza di rinvio alla Corte della questione da parte del CGARS, ma in relazione alla precedente ordinanza istruttoria del medesimo giudice, del gennaio 2022, con la quale il collegio giudicante ha fatto esercizio dei suoi ampi poteri riconosciuti dal codice del processo amministrativo per ottenere informazioni dalle autorità italiane preposte alla tutela della salute pubblica⁶. Buona parte di questi commenti si segnalano perché non hanno affrontato la questione giuridica contenuta nell'ordinanza, ma in quanto si sono concentrati piuttosto a rinverdire la banalizzazione mediatica delle posizioni in campo, come se si trattasse di un immaginario scontro tra no vax e pro vax, riuscendo addirittura ad additare gli stessi giudici siciliani come dei «no vax»⁷, in quanto si sono posti il

⁵ Cfr. nota n. 3.

⁶ Ord. n. 38 del 2022 del 17 gennaio 2022, Reg. Ric. n. 1272/2021. Cfr. la nota n. 4.

⁷ Cfr. G. CORSO, *Un manifesto giudiziario No vax?*, in *Nuove Autonomie*, numero speciale 1/2022; cfr. inoltre, M. ARMANNO, *L'istruttoria ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sull'obbligo vaccinale. Profili problematici e possibili sviluppi sistemici alla luce dell'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Nuove autonomie*, numero speciale, 1-2022; A. POLICE, *Una "questione di massima di particolare importanza"*, ivi; M. MAZZAMUTO, *Il difetto di una visione d'insieme della vicenda pandemica*, ivi. Cfr., inoltre, per una posizione adesiva all'ordinanza, M. Calamo Specchia, *Uti singuli v. uti universi. L'obbligo vaccinale anti Covid-19 dinanzi alla Consulta e la sorte del diritto di autodeterminazione. Riflessioni su ordinanza n. 351 del 22 marzo 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana in Diritto Pubblico Europeo, Rassegna on line*, n. 1 del 2022.

«dubbio» - di costituzionalità! (non quello individuale relativo alla necessità di sottoporsi a vaccinazione) della normativa impugnata.

A parte questi rari commenti, non risulta affatto diffusa la consapevolezza che la decisione della Consulta sull'ordinanza del CGARS possa avere importanti effetti per il nostro futuro e per il futuro stessa della libertà di cura, come tradizionalmente intesa. Per usare una metafora, tale ordinanza appare come un gigante (per l'importanza delle domande rivolte alla Consulta) con i piedi d'argilla (per il presupposto assunto a base della motivazione dell'ordinanza stessa).

2. Le numerose ordinanze di rinvio alla Consulta e i vizi denunciati

Per comprendere le questioni che la Consulta dovrà affrontare il 30 novembre mi pare opportuno fare il punto della situazione perché sono oramai numerosissime le ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2.

Occorre premettere che nessuna questione relativa alla certificazione verde né agli obblighi per le altre categorie di lavoratori sarà sul tavolo della Consulta. Ciò in quanto, fino alla primavera 2022, l'orientamento granitico della giurisprudenza è stato quello del rigetto di ogni eccezione di incostituzionalità (relativo sia alla normativa in tema di onere vaccinale previsto dalle disposizioni in tema di certificazione verde, sia a quella in tema di obbligo vaccinale, imposto, dopo i sanitari, ad altre categorie di lavoratori⁸).

La posizione dei giudici, amministrativi e ordinari, infatti, è cominciata a modificarsi proprio a seguito della prima ordinanza dei giudici siciliani, alla fine di marzo 2022, cioè in un periodo in cui le questioni giudiziarie sulle altre misure (onere vaccinale e obbligo per le altre categorie) gradualmente abbandonavano le aule dei tribunali, per il venir progressivamente meno della obbligatorietà della

⁸ Cfr., per tutti, Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045 (per la magistratura amministrativa) e Cass. pen. 22 febbraio 2022, n. 14275 (per la magistratura ordinaria).

certificazione verde per accedere a numerosi contesti della vita associata (che, al momento, è ancora necessaria per l'accesso alle RSA e agli ospedali) e degli stessi obblighi relativi alle altre categorie di lavoratori.

Ad ogni modo, ad oggi abbiamo dodici ordinanze di rinvio alla Consulta, tutte relative alla legislazione che ha introdotto l'obbligo per i sanitari (art. 4 d.l. n. 44 del 2021 e successive modificazioni), che è anche la normativa più 'longeva', dato che è destinata a restare in vigore fino al 31 dicembre 2022.

Da ultimo, si segnalano un'ordinanza del Tribunale di Padova del 14 luglio⁹, una del Tribunale di Brescia del 22 agosto e, come osservato, una ulteriore questione promossa dallo stesso CGARS a settembre, praticamente identica alla prima.

Ogni ordinanza è, ovviamente, una questione a sé stante perché diversi sono i casi concreti che sono sottoposti all'attenzione del giudice. Il giudice si deve attenere alle specificità del caso portato al suo esame per porre una questione alla Consulta. È vincolato alla domanda presentata dalle parti, non è libero di sollevare ogni aspetto di costituzionalità che eventualmente individuasse nella disciplina. Ogni questione che pone alla Corte, infatti, deve essere innanzitutto rilevante (cioè determinate per la conclusione del processo in corso), oltre che non manifestamente infondata.

Per cercare di fare ordine e di orientarci mi pare utile classificare queste numerose ordinanze in due differenti filoni.

Un primo filone, il più numeroso, riguarda le modalità con cui è stato introdotto l'obbligo. La maggior parte delle ordinanze, infatti, non contesta la legittimità costituzionale dell'obbligo in sé, ma accende i riflettori su alcune specifiche e gravi conseguenze relative al mancato rispetto dell'obbligo. Ad esempio, vi è il caso di una psicologa sospesa dall'albo e quindi anche dal diritto a esercitare ogni prestazione lavorativa, nonostante avesse chiesto di poter svolgere il proprio lavoro (terapie psicologiche) da remoto. Il giudice ha sollevato alla Corte la questione dell'irragionevolezza della normativa (per contrasto con l'art. 3 Cost.) in

⁹ Su tale ordinanza cfr. C. IANNELLO, *L'«interpretatio abrrogans» dell'art. 32 della Costituzione*, cit., pp. 129 e ss. in cui è presente un'appendice, poiché tale ordinanza è stata emanata quando il volume era in corso di stampa.

quanto non avrebbe senso impedire lo svolgimento dell'attività da remoto, visto che usando tale modalità non sussiste alcun pericolo di contagio per il paziente.

L'ultima ordinanza di questo tipo, in ordine temporale, è quella sollevata dal Tribunale di Brescia nel mese di luglio¹⁰, ma non ancora pubblicata nella Gazzetta Ufficiale. In questo caso, il Tribunale ha affermato che contrasta con la dignità umana la previsione della completa assenza di ogni forma di retribuzione per il non vaccinato sospeso, ivi compresa quella di un assegno alimentare o di mantenimento (si sospetta, dunque, un contrasto con il diritto al lavoro, art. 4 Cost.). Infatti, osserva il giudice, mentre è riconosciuto un assegno alimentare al dipendente sospeso cautelativamente (quindi, ad esempio, anche a un dipendente in carcere, in attesa di giudizio perché sotto processo per la commissione di reati persino gravissimi), nessuna forma di aiuto alimentare è stata prevista per chi abbia deciso di non sottoporsi alla vaccinazione¹¹.

Occorre ribadire che tutte queste ordinanze che abbiamo classificato nel primo filone non contestano l'impianto dell'obbligo vaccinale in sé considerato. Ove le censure di costituzionalità fossero accolte, dunque, non verrebbe meno la legittimità dell'obbligo vaccinale, ma cadrebbero solo alcune conseguenze discendenti dal suo mancato rispetto, oppure risulterebbe modificata la disciplina su alcuni aspetti, importanti (come, ad esempio, la necessità di prestare un consenso *libero* e informato in presenza di un obbligo), ma non essenziali. Non verrebbe, cioè, meno l'imposizione dell'obbligo, che ne risulterebbe anzi corretta. L'impalcatura della disciplina dell'obbligo vaccinale contro il Sars-Cov-2 sarebbe resa meno dura nelle conseguenze discendenti dal mancato rispetto dell'obbligo e, dunque, più stabile (in quanto meno censurabile), perché finirebbe con l'essere

¹⁰ Tribunale di Brescia, sezione lavoro, 4 luglio 2022, Reg. Gen. n. 1008 1-2022.

¹¹ Si segnala che con l'ordinanza n. 47 ordinanza del 22 marzo 2022 del Tribunale di Brescia, pubblicata in G.U. del 9 maggio 2022, si solleva una questione di legittimità costituzionale della normativa simile: secondo il tribunale appare irragionevole che un dipendente pubblico detenuto in custodia cautelare anche per reati gravissimi abbia diritto ad un assegno alimentare, mentre ciò non sia previsto a fronte della sospensione dal lavoro per non aver prestato il consenso alla vaccinazione contro il Sars-Cov-2. Questione simile è sollevata anche dal Tribunale di Catania, Sez. Lav., 14 marzo 2022, ordinanza n. 70 pubblicata in G.U. del 22.6.2022.

smussata di quelle disposizioni su cui, sin dall'inizio, sono stati sollevati dubbi proprio per la radicalità delle conseguenze, che non si erano mai viste prima di allora all'interno di normative che si proponevano la realizzazione di obiettivi di salute pubblica.

Vi sono, poi, altre ordinanze che, invece, hanno contestato proprio la legittimità dell'obbligo per contrasto diretto rispetto all'art. 32 Cost. Queste ordinanze sono, ovviamente, le più importanti perché pongono dubbi sullo stesso impianto della normativa in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2. Tali questioni sono state sollevate da due giudici: a marzo dal CGARS (il massimo organo della giustizia amministrativa della regione siciliana: i suoi giudici sono, in parte, consiglieri di Stato) e, ad aprile, dal Tribunale di Padova. Da ultimo, come rilevato, si segnala un'ulteriore ordinanza del settembre 2022 promossa sempre dal CGARS, che ripropone la medesima questione.

Quest'ultimo filone, tuttavia, a differenza del primo, è omogeneo solo apparentemente. Le ordinanze che vi rientrano, infatti, nonostante mirino allo stesso obiettivo (dichiarazione dell'incostituzionalità della legge impositiva dell'obbligo) e abbiano indicato come parametro di costituzionalità violato la medesima disposizione costituzionale (art. 32 Cost.), presentano delle motivazioni talmente diverse che l'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione potrebbe avere effetti pratici radicalmente differenti. Questo perché mentre il giudice siciliano ricostruisce una nuova (e non condivisibile) razionalità su cui si potrebbero in futuro basare le normative volte ad introdurre trattamenti sanitari obbligatori, il giudice padovano ancora la sua motivazione alla consolidata razionalità liberal-democratica, che da sempre fonda, nel nostro ordinamento, come in quelli degli stati democratici, la legittimità di ogni politica di vaccinazione obbligatoria. Il suo eventuale accoglimento non modificherebbe, dunque, né la tradizionale lettura della dottrina e della giurisprudenza sull'art. 32 Cost. né la libertà di cura nella sua attuale consistenza.

A seconda che la Corte Costituzionale sposi il ragionamento del giudice siciliano o di quello padovano si potranno avere, dunque, in termini di principi volti a presidiare nel futuro la libertà di cura, effetti opposti, cioè tra di loro incompatibili.

2.1. Le ordinanze del CGARS e del Tribunale di Padova, entrambe volte a far dichiarare l'incostituzionalità della medesima legge in tema di obbligo vaccinale possono produrre effetti pratici radicalmente diversi

Per comprendere le questioni poste alla Consulta con le ordinanze che abbiamo classificato in questo secondo filone, occorre fare una breve premessa.

Come è noto, l'art. 32 Cost. consente un trattamento sanitario obbligatorio, ma solo a determinate condizioni. Vi deve essere, cioè, un *doppio* «beneficio»: per la collettività e, allo stesso tempo, per l'individuo¹².

La sussistenza del beneficio per la collettività non è solo requisito di costituzionalità, ma rileva in via preliminare, fungendo da vero e proprio presupposto di costituzionalità di ogni normativa in tema di obbligo vaccinale. Esso rappresenta il fondamento di qualsiasi politica di obbligo vaccinale perché integra il solo obiettivo di salute pubblica che legittima la deroga all'autodeterminazione individuale in materia sanitaria. Inoltre, tale requisito-presupposto, logicamente, non può che precedere la valutazione della sussistenza dell'altro requisito, quello attinente al beneficio individuale. Solo se un trattamento sanitario è in grado di apportare un beneficio per la collettività, si può ipotizzare di

¹² Cfr. sul punto, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 303 ss. ID., *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, p. 1 ss.; ID., *Il diritto costituzionale alla salute*, *Diritto e Società*, 1980, p. 769 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, in *Questione giustizia*, n. 2/1982, p. 361 ss.; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, p. 900 ss.; ID., *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994. Si veda, inoltre, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015; ID., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002. C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, passim e, in particolare, al capitolo III, 133 e ss.

renderlo obbligatorio¹³. Dunque, solo quando si è risposto affermativamente a questa domanda preliminare, si può passare alla verifica della sussistenza del beneficio individuale, cioè che il farmaco abbia effetti positivi per la salute di chi si sottopone al trattamento e che, inoltre, gli effetti collaterali siano di modesta entità, cioè transitori e lievi.

Tradizionalmente, il beneficio per la collettività è sempre stato ancorato all'impedimento della trasmissione dell'infezione, che riesce a determinare il blocco della sua circolazione attraverso la cosiddetta immunità di gregge. Solo così si garantisce, infatti, che il trattamento sanitario obbligatorio realizzi un obiettivo di tutela della salute pubblica, unica motivazione che legittima, secondo l'unanime posizione della dottrina costituzionalista, la coartazione della libertà di autodeterminazione individuale rispetto alle cure¹⁴.

Nelle ordinanze di rimessione alla Corte, entrambi i giudici prendono atto che il vaccino non blocca la trasmissione del virus, perché ciò rappresenta un dato

¹³ Come affermato dalla sentenza 22 giugno 1990, n. 307, la costituzionalità degli interventi normativi che dispongano l'obbligatorietà di determinati trattamenti sanitari (nel caso di specie si trattava del vaccino antipolio), 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).

¹⁴ Su questo punto, che fa emergere il nesso inscindibile tra immunità di gregge, obbligo vaccinale e principio solidaristico la dottrina è sempre stata concorde. Cfr. S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, p. 900 ss.; ID., *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994. Si veda, inoltre, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015; ID., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002. Scrive a tale proposito, L. PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, "potestà" genitoriale e tutela del minore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 1 dicembre 2017, pag. 3139: «Pur nella variegata articolazione dei mezzi, immutata è rimasta l'esigenza dei fini, ossia assicurare la c.d. immunità di gregge per limitare la circolazione di agenti patogeni, al contempo proteggendo la salute collettiva e quella del singolo destinatario dell'obbligo». Allo stesso modo 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; cfr. anche ID., *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *Biolaw*, 2/2019, 541 e ss. efficacemente osserva: «la motivazione ultima su cui riposano le vaccinazioni, in particolare se obbligatorie, è nella preservazione del bene-salute sia dell'individuo che della collettività, attraverso il raggiungimento di soglie di copertura ritenute sufficienti a limitare drasticamente la circolazione degli agenti patogeni e a garantire la cd. immunità di gregge».

risultante dall'esperienza quotidiana di ciascuno di noi, acquisendolo quindi al processo alla stregua di un fatto notorio.

Subito dopo, però, imboccano percorsi argomentativi del tutto contrastanti tra loro. Il CGARS ritiene, infatti, che nonostante il vaccino non blocchi la trasmissione dell'infezione, il presupposto costituzionale delle vaccinazioni obbligatorie, ossia il beneficio per la collettività, sia integrato ugualmente. Afferma cioè il giudice siciliano che la vaccinazione obbligatoria per il Sars-Cov-2 ha rappresentato, comunque sia – e solo limitatamente a questo presupposto – una politica costituzionalmente legittima. Ciò in quanto la vaccinazione per il Sars-Cov-2, anche se non incide sul contagio e sulla trasmissione del virus, riduce la pressione sugli ospedali. In ciò risiederebbe il beneficio per la collettività. In questo modo, però, l'argomentazione utilizzata capovolge la logica tradizionale in materia, ammettendo che un obbligo di trattamento sanitario possa essere adottato anche se non realizza un obiettivo di salute pubblica, ma si limita a migliorare l'efficienza degli ospedali.

I dubbi che il CGARS solleva alla Corte Costituzionale riguardano, pertanto, altri aspetti, in primo luogo la sussistenza del beneficio individuale, inteso come assenza di reazioni avverse che superino la normale tollerabilità.

Il CGARS dà, quindi, una lettura del tutto originale sia dell'art. 32 che della pregressa giurisprudenza costituzionale. Questa lettura nuova appare, in realtà – oggettivamente – volta a 'giustificare' (come si dice nel linguaggio comune: con il senno di poi) il presupposto di legittimità di «scelte tragiche», per usare le parole della Consulta¹⁵, il cui fondamento è però venuto meno per razionalità postuma. Senza rendersi conto che così facendo si rischia di modificare la razionalità liberal-democratica delle vaccinazioni obbligatorie, che ha sempre presieduto la

¹⁵ Corte cost. Corte cost. n. 118 del 1996, rileva che la decisione di rendere obbligatoria la vaccinazione rappresenta una delle «"scelte tragiche" del diritto», punto 4 del considerato in diritto. Osserva successivamente che « L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri. Finché ogni rischio di complicanze non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche - e per la vaccinazione antipoliomielitica non è così -, la decisione in ordine alla sua imposizione obbligatoria apparterrà a questo genere di scelte pubbliche».

limitazione della libertà di autodeterminazione terapeutica, ossia di un diritto – peraltro – esplicitamente definito in costituzionale come «fondamentale», con le conseguenze che saranno messe in evidenza più avanti.

Secondo il ragionamento del giudice siciliano, il beneficio per la collettività sarebbe integrato, soddisfatto dalla minore pressione che il vaccino determinerebbe sulle strutture ospedaliere. Tale beneficio si risolverebbe nella riduzione della pressione ospedaliera, nel senso che, vaccinandoci, abbiamo la ragionevole sicurezza di poter accedere alle cure ospedaliere in caso di bisogno per qualsiasi motivo, anche indipendente dal Covid. Il beneficio individuale, invece, sarebbe rappresentato dalla protezione che il vaccino offre rispetto alle forme gravi della malattia.

Difetterebbe, invece, quello che il CGARS individua come un ulteriore autonomo requisito, scollegato dal beneficio individuale, cioè l'assenza di effetti collaterali che superano la normale tollerabilità (normalmente, tuttavia, quest'ultimo aspetto è sempre stato ritenuto assorbito dal beneficio individuale)¹⁶.

Nello specifico, il CGARS si è convinto a sollevare la questione perché, nel caso delle vaccinazioni per il Sars-Cov-2, sulla base degli approfondimenti istruttori compiuti con precedente e separata ordinanza, si sono manifestati molti più effetti avversi rispetto a quelli che si verificano per i vaccini tradizionali¹⁷.

¹⁶ La Consulta, invero, ha sempre fatto riferimento a un doppio beneficio, per la collettività e per l'individuo: se gli effetti avversi fossero troppi e gravi dovrebbe, conseguentemente, difettare proprio il beneficio individuale. Anche nella sentenza della Corte Costituzionale n. 5 del 2018 il punto appare chiaro: «In particolare, questa Corte ha precisato che 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)».

¹⁷ Scrive il CGARS nell'ordinanza di settembre: «la raccolta dei dati che emergono dalla consultazione della banca dati europea (EudraVigilance, facilmente accessibile attraverso il sito AIFA) permette di rilevare che a fine gennaio 2022 risultavano somministrati in ambito EU/EEA 570 milioni di dosi (ciclo completo e *booster*) del vaccino Cominarty (BioNTech and Pfizer), in relazione al quale esultano acquisite 582.074 segnalazioni di eventi avversi, dei quali 7.023 con esito fatale; quanto al vaccino Vaxzevria (AstraZeneca), a fronte di 69 milioni di dosi si registravano 244.603 segnalazioni di eventi avversi, dei quali 1447 con esito fatale; quanto al vaccino Spikevax (Moderna), a fronte di 139 milioni di dosi risultavano segnalati 150.807 eventi

Anzi, questo punto è stato oggetto di un rigoroso approfondimento in entrambe le ordinanze del CGARS (sia quella di marzo che quella di settembre), svolto a valle dell'ordinanza istruttoria sollevata dallo stesso giudice nel febbraio 2022, volta ad ottenere – dalle autorità nazionali che si occupano di salute pubblica – informazioni dettagliate in merito agli effetti avversi e alle modalità con cui svolge la farmacovigilanza¹⁸.

Entrambe le ordinanze del CGARS mettono in rilievo non solo l'altissimo numero di effetti avversi e la loro gravità (se comparate a quelli che si verificano con i vaccini tradizionali), ma anche la sottostima di tali effetti avversi, dovuta a più fattori, che sono dettati e spiegati.

Innanzitutto, a causa dell'algoritmo predisposto dall'OMS per la valutazione degli effetti avversi, che scarta in automatico le reazioni al farmaco avvenute oltre i 14 giorni dalla somministrazione e, in secondo luogo, a causa dell'assenza di un sistema di farmaco vigilanza attiva, che, come è a tutti noto, sottostima di molto il numero di effetti avversi, per ragioni puntualmente spiegate nell'ordinanza stessa, che mette in rilievo anche la gravità delle patologie classificate tra tali effetti.

avversi, dei quali 834 con esito fatale; quanto al Covid-19 Vaccine Janssen, a fronte di 19 milioni di dosi risultavano 40.766 segnalazioni, delle quali 279 con esito fatale».

¹⁸ Scrive sempre il CGARS: «Limitandosi alle informazioni desumibili dalla relazione istruttoria e dalla lettura dei report vaccinali recentemente pubblicati, si evince che il flusso dei dati trasmessi viene intercettato dai responsabili locali e dei centri regionali di farmacovigilanza, i quali effettuano diverse scremature, sia in ordine alla completezza delle informazioni inserite nel modulo di segnalazione, sia in merito alla ricerca del nesso di causalità attraverso l'algoritmo dell'OMS, impostato al fine di valutare la probabilità dell'associazione evento/vaccino. Per quello che emerge dalla lettura della relazione istruttoria e dei report vaccinali, un profilo di criticità discende dalla richiesta connessione temporale tra la vaccinazione e la manifestazione dell'evento avverso, congiuntamente alla circostanza che gli operatori sanitari sono tenuti, in base all'art. 22 del decreto del Ministero della salute del 30 aprile 2015, a segnalare tempestivamente "sospette reazioni avverse" dai medicinali di cui vengono a conoscenza nell'ambito della propria attività. Ma nell'ipotesi di farmaci sottoposti ad autorizzazione condizionata, il profilo di rischio a medio e lungo termine deve emergere proprio dallo studio di fenomeni avversi che possono anche intervenire a distanza di tempo dalla somministrazione del farmaco (collocandosi, quindi, fuori dalla finestra temporale di riferimento tra somministrazione del vaccino e sospetta reazione su cui è impostato l'algoritmo) ed essere imprevisti o inconsueti rispetto agli eventi avversi conosciuti e attesi, e quindi suscettibili di essere scartati dagli operatori sanitari perché erroneamente non ritenuti "sospetti"».

Osserva, ad esempio il CGARS che «gli eventi avversi più seri comprendono disordini e patologie a carico del sistema circolatorio (tra cui trombosi, ischemie, trombocitopenie immuni), linfatico, cardiovascolare (incluse miocarditi), endocrino, del sistema immunitario, dei tessuti connettivo e muscolo-scheletrico, del sistema nervoso, renale, respiratorio; neoplasie».

Il CGARS, tuttavia, non si rende conto che indulgiare sugli effetti collaterali, sul loro grande numero, sulla loro sottostima, nonché sulla loro gravità, compromette anche la prima parte del suo ragionamento.

Infatti, il CGARS osserva che i dati noti, di per sé già allarmanti, sono sottostimati perché «rischiano di andare perdute informazioni cruciali per la rilevazione degli eventi avversi e, conseguentemente, per una corretta ed esaustiva profilazione del rapporto rischi-benefici dei singoli vaccini»¹⁹.

Questi dubbi sulla grande quantità di effetti avversi e sulla loro sottostima mettono in crisi anche la prima parte del ragionamento sviluppato dal CGARS, relativa al beneficio per la collettività che ha ritenuto di considerare integrato (in contraddizione con la razionalità tradizionale dell'obbligo vaccinale) nella riduzione della pressione ospedaliera.

Per validare il ragionamento sostenuto dal CGARS nella prima parte della motivazione, cioè che il vaccino riduce la pressione sugli ospedali in virtù di minori ospedalizzazioni a causa del Covid-19, infatti, occorrerebbe, a questo punto, mettere sull'altro piatto della bilancia anche il numero delle ospedalizzazioni prodotte dagli effetti collaterali dei vaccini. Che lo stesso GGARS ci dice essere molte e addirittura sottostimate. Considerazioni che si svolgono solo sulla base dello stesso ragionamento effettuato dal CAGRS e delle relazioni medico scientifiche provenienti dalle autorità che si occupano di tutela della salute

¹⁹ Osserva ancora il CGARS: « Né possono riporsi eccessive aspettative sulle segnalazioni spontanee dei cittadini, vuoi per l'eterogeneità della popolazione (non tutti, per variegata età e condizioni socio economiche, hanno la dimestichezza con gli strumenti informatici e le procedure burocratiche necessaria per compilare ed inoltrare un modulo di segnalazione eventi avversi completo di tutti i dati richiesti), vuoi perché il cittadino colpito da una patologia grave (per non parlare di quello deceduto) verosimilmente avrà altre preoccupazioni che non inoltrare la segnalazione».

pubblica, cioè indipendentemente da un'abbondante letteratura scientifica ormai esistente in materia, che conferma la deduzione appena svolta.

Ma se le cose, in termini di effetti collaterali, stanno come il CGARS le espone (ed è difficile mettere in dubbio la sua ricostruzione, fondandosi su dati forniti allo stesso giudice dalle autorità sanitarie del paese), l'interpretazione che il CGARS dà al beneficio per la collettività è doppiamente problematica. In primo luogo, perché contrasta con la lettura tradizionale data all'articolo 32 Cost. e con la pregressa giurisprudenza costituzionale (per cui è giuridicamente molto debole); in secondo luogo perché si fonda, in base ai dati esposti nella stessa ordinanza, su un presupposto di fatto tutt'altro che certo, cioè che ci sia *effettivamente* una diminuzione *complessiva* delle ospedalizzazioni (cioè contando non solo i ricoveri Covid, ma anche quelli per gli effetti avversi) determinata dal vaccino Sars-Cov-2 (se vi sono ricoveri per – i numerosi – effetti avversi del farmaco, come si può dedurre una diminuzione complessiva delle ospedalizzazioni?).

Il giudice padovano, invece, ha seguito la strada opposta, che risulta limpida e lineare perché si è attenuto scrupolosamente all'impostazione tradizionale: ha ritenuto, cioè, che la vaccinazione obbligatoria per il Sars-Cov-2 non abbia raggiunto l'obiettivo che si era esplicitamente proposta (formalizzato nelle stesse leggi impositive dell'obbligo, che discorrono di «prevenzione dell'infezione» o del «contagio»). Nella lettura del giudice padovano, dunque, la legge in esame non ha realizzato quella «prevenzione dal contagio», che era l'obiettivo cui essa, esplicitamente, mirava.

Il giudice padovano ne trae l'unica logica, ed obbligata, conseguenza possibile sul piano costituzionale, in coerenza con il diritto tradizionale in materia: la legge in esame non ha realizzato l'obiettivo di tutela della salute pubblica prefissato, che rappresenta il presupposto (e, allo stesso tempo, requisito) di costituzionalità di ogni politica in tema di obbligo vaccinale (innervandone la stessa *ratio*). Secondo il Tribunale di Padova, dunque, la disciplina sull'obbligo vaccinale è incostituzionale perché difetta il suo presupposto costituzionale: la tutela della salute pubblica, cioè, appunto, il beneficio per la collettività; presupposto essenziale e logicamente

preliminare rispetto ad ogni altra valutazione (come quella relativa anche allo stesso beneficio individuale, legato anche alla gravità delle reazioni avverse).

In questo caso, secondo il giudice padovano, data l'assenza del presupposto legittimante l'obbligo, la vaccinazione non si distinguerebbe da qualsiasi altra cura, perché sarebbe volta solo ad evitare le forme gravi della malattia, e dovrebbe essere, dunque, retta dal principio di libertà e soggetta alle ordinarie regole che presiedono la relazione terapeutica: tutti coloro che vogliono vaccinarsi possono farlo, ma nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario, nemmeno se la cura si rivelasse salvavita. Un principio su cui è difficile trovare una voce dissenziente nel panorama del costituzionalismo italiano.

Dunque, se si consolidasse la tesi – per ora isolata, debole nel suo fondamento giuridico e tutta da anche verificare per quanto attiene al presupposto di fatto – sostenuta dal CGARS, per cui la diminuzione delle ospedalizzazioni può essere considerato un obiettivo in grado di giustificare un obbligo sanitario, la libertà di cura potrebbe diventare un ricordo del passato. Ogni farmaco potrebbe essere imposto come obbligatorio. Se questa tesi avesse l'avallo della Consulta, il risultato sarebbe quello di cancellare, in via interpretativa, l'articolo 32 Cost, che è un articolo che pone la libertà di cura tra i diritti «fondamentali» e che lo tutela addirittura con un controlimite, cioè con «*un limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica*»²⁰, come ribadito dalla stessa Consulta. La giurisprudenza costituzionale in materia, assieme all'art. 32 Cost. e al suo controlimite, sarebbero spazzati via. Nessun argine si potrebbe più porre al potere pubblico di interferire con il rispetto della persona umana²¹ attraverso la previsione di trattamenti sanitari obbligatori.

²⁰ Cfr. Corte cost. 282 del 2002 secondo la quale la pratica terapeutica si situa «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, 2° co., secondo periodo, Cost. pone come *limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica*» (corsivo mio).

²¹ Che consiste nella difesa della sua autonomia di scelta. Cfr. sul punto, per tutti, M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, p. 10 osserva lucidamente che «il rispetto della persona umana coincide con il rispetto della libertà di scelta

Se invece passasse, come auspicabile, la prospettazione avanzata dal Tribunale di Padova, non cambierebbe nulla rispetto alla tradizionale interpretazione che la dottrina costituzionalista e la giurisprudenza del Giudice delle leggi hanno, costantemente e in modo unanime, dato all'art. 32 Cost. sino ad oggi. Le politiche di vaccinazione obbligatoria resterebbero sempre possibili e compatibili con la Costituzione a condizione che si rispetti la razionalità, democratica e costituzionale, della vaccinazione obbligatoria: cioè che il vaccino, in quanto capace di fermare la trasmissione del virus, determini il raggiungimento del solo obiettivo di salute pubblica in grado di legittimare l'obbligo dal punto vista costituzionale e liberal-democratico²².

3. La duplice risposta delle liberal-democrazie di fronte all'obbligo vaccinale: dall'assenza di obbligo alla sua legittimità in presenza di una precisa razionalità

Mi pare opportuno, a questo punto, fare un breve approfondimento circa il rapporto tra obblighi di trattamento sanitario e ordinamenti liberal-democratici.

Occorre premettere che nessuno contesta che l'assenza di obbligo vaccinale sia del tutto coerente con gli ordinamenti liberal-democratici (è il caso, ad esempio, della Spagna o dell'Inghilterra). In questi paesi, cioè, le politiche di vaccinazione, che

del singolo, che solo può fissare le modalità e il disegno di essere persona, non essendovi in Costituzione un'immagine preconfezionata della personalità umana imposta all'individuo». Così anche R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Il Foro Italiano*, 1991, I, c. 15 ss.,

²² Su questo punto, che fa emergere il nesso inscindibile tra immunità di gregge, obbligo vaccinale e principio solidaristico, la dottrina è sempre stata concorde. Scrive, ad esempio, L. PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, "potestà" genitoriale e tutela del minore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 1 dicembre 2017, pag. 3139: «Pur nella variegata articolazione dei mezzi, immutata è rimasta l'esigenza dei fini, ossia assicurare la c.d. immunità di gregge per limitare la circolazione di agenti patogeni, al contempo proteggendo la salute collettiva e quella del singolo destinatario dell'obbligo». Allo stesso modo M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, cit., 8; cfr. anche Id., *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *Biolaw*, 2/2019, 541 e ss.

ovviamente sono contemplate come in tutti gli altri paesi, sono solo raccomandate, per cui sono rette dal principio di libertà.

Nessuna sanzione è applicata in caso di mancata vaccinazione. È appena il caso di sottolineare che i numeri delle vaccinazioni in questi paesi non si distanziano affatto da quelli in cui sussiste l'obbligo, ma addirittura li superano, come mostrato, ad esempio, dal caso della Spagna²³.

L'imposizione dell'obbligo, invece, in quanto coarta una libertà fondamentale, può essere coerente con gli ordinamenti democratici, ma a condizione che si rispettino alcuni rigorosi presupposti.

L'obbligo vaccinale si fonda interamente sul principio solidaristico.

Il principio solidaristico richiede che tutti si vaccinino per proteggere chi non può farlo: c'è un nesso indissolubile tra immunità di gregge, tutela dei vulnerabili, obbligo solidaristico. La solidarietà impone di raggiungere l'immunità di gregge in modo da proteggere i fragili, cioè coloro che non possono vaccinarsi per ragioni mediche. La solidarietà regge interamente la razionalità dell'impianto: non solo la compressione dell'autodeterminazione individuale (l'obbligo), ma anche la limitazione della *singola* libertà con cui si 'sanziona' il mancato adempimento dell'obbligo: se anche il vaccinato trasmettesse il virus, infatti, non avrebbe alcun senso (cioè non vi sarebbe alcuna *ratio* giuridica) escludere il non vaccinato da una data attività della vita associata.

Se la Corte costituzionale non dovesse chiarire che l'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 è incostituzionale «*proprio*» perché manca la razionalità che da sempre lo sostiene, non solo in Italia ma anche negli altri paesi democratici, e invece affermasse che il beneficio per la collettività si risolve nella diminuzione della pressione ospedaliera, si scardinerebbe interamente la razionalità del sistema.

Si realizzerebbe così un'operazione che assumerebbe le tinte del paradosso: il risultato finale, infatti, indipendentemente da come dovesse andare la decisione

²³ In Spagna, infatti, i tassi di vaccinazione sono più alti rispetto ai paesi in cui è previsto l'obbligo. Anche i dati relativi alla vaccinazione per il Sars-Cov-2 ha confermato questa particolarità. In Spagna, in assenza sia di certificazione verde che di obbligo vaccinale, i tassi di vaccinazione sono risultati superiori a quelli italiani e di molti altri paesi.

finale in tema di legittimità della disciplina in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2, finirebbe per scardinare *ex post* il sistema al fine di legittimare «scelte tragiche» che sono diventate criticabili per razionalità postuma. Tali politiche sono state, infatti, assunte proprio sulla base della razionalità tradizionale, scrupolosamente ribadita, a suo tempo, nello stesso testo legislativo (che dichiara l'obiettivo di impedire il «contagio»), che ha sempre giustificato le limitazioni di libertà (di autodeterminazione terapeutica come la conseguente esclusione da un dato contesto della vita sociale) determinate dalle politiche di vaccinazione obbligatoria.

Pertanto, anche qualora la Consulta annullasse la legge, se non fossero opportunamente precisate e corrette le motivazioni addotte dal CGARS, ribadendo la tradizionale *ratio* su cui si è sempre incardinato l'obbligo vaccinale, si rischierebbe un'abrogazione in via interpretativa dell'art. 32 Cost.

In altri termini, se non si respingesse l'idea per cui un farmaco può essere reso obbligatorio solo perché capace di ridurre il carico ospedaliero, verrebbe meno ogni argine all'imposizione di obblighi. Anche il farmaco contro il colesterolo o quello contro l'ipertensione o qualsiasi altro farmaco potrebbero diventare obbligatori! Tutti i farmaci, infatti, per essere autorizzati, devono dimostrare di essere efficaci per la cura di determinate patologie. Ma non finirebbe qui. Persino l'assenza di risorse economiche per il SSN potrebbe legittimare un obbligo! Si introdurrebbe, così, una serie di nuovi presupposti su cui fondare le politiche di trattamento sanitario obbligatorio, dal contenuto così vago e fluido per cui sarebbe vanificato, di fatto, anche ogni successivo controllo di costituzionalità²⁴.

Insomma, si rischia di modificare radicalmente il presupposto di costituzionalità degli obblighi di trattamento sanitario introducendo una 'nuova' razionalità, lasciando il potere politico completamente libero di imporre limiti alla libertà di auto-determinazione terapeutica. Con la conseguenza che l'art 32 Cost. ne

²⁴ Quale sarebbe la percentuale di occupazione delle terapie intensive o dei posti letto idonea a legittimare un obbligo? E in quale periodo la si dovrebbe calcolare, al momento dell'introduzione della legge impositiva dell'obbligo in base a una previsione? Con tutta l'aleatorietà delle previsioni in una dinamica così complessa e praticamente imprevedibile

risulterebbe cancellato in via interpretativa, e a farne le spese sarebbero la libertà di cura e il controllo al potere, posto a garanzia della prima, che rappresenta uno degli aspetti più originali della Costituzione repubblicana, fortemente voluto da Aldo Moro.

In conclusione, il cardine su cui ha ruotato la libertà di cura durante tutto il periodo repubblicano rischia seriamente di essere sconficcato, peraltro, senza che si realizzi, in tal modo, alcuno scopo di interesse pubblico.

4. L'emergenza (passata) come giustificazione per introdurre deroghe radicali ai principi ordinari destinate a diventare le regole ordinarie del futuro

È bene ribadire che la legge introduttiva dell'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 non si è affatto discostata da questa razionalità tradizionale. Studiando la legge impositiva dell'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 non si riscontra, infatti, nessuna deroga a questa razionalità basilare. E non sarebbe potuto essere diversamente, del resto. Il legislatore ha cercato di conseguire, infatti, l'obiettivo della prevenzione del contagio o dell'infezione, come è chiaramente scritto nei decreti legge e nelle leggi di conversione.

È stato poi il CGARS, una volta preso atto che il vaccino, in realtà, non blocca affatto la trasmissione del virus, a dare una nuova e pericolosa interpretazione a questa razionalità. Insomma, come sopra già accennato, ha proposto una argomentazione che finisce oggettivamente per scardinare *ex post* la razionalità intrinseca all'obbligo, solo perché, sempre *ex post*, non si è potuto che prendere atto che la legge non poteva più essere giustificata sulla base di questa stessa razionalità su cui era stata fondata. Non senza elementi paradossali, in quanto il CGARS, sulla base di questa motivazione, comunque sia, richiede l'annullamento della legge per *altri* vizi di incostituzionalità. Come se, una volta sciolta un'organizzazione vietata dalla legge, poi si scoprisse che si trattava in realtà di un'associazione sportiva. Si pensi a un giudice che fosse, comunque sia, contrario a tale conseguenza, e che

ponesse a base della sua richiesta di annullare lo scioglimento effettuato, non la circostanza che l'associazione era meramente sportiva, ma la singolare premessa per cui anche le associazioni meramente sportive possono essere legittimamente sciolte. Seppure si annullasse lo scioglimento ingiusto dell'associazione sportiva, si rischierebbe di consolidare il principio per cui anche le associazioni sportive possono essere sciolte perché ritenute pericolose per la convivenza civile.

Un ragionamento davvero singolare che rischia di mettere a rischio la tenuta di diritti e principi consolidati, conducendoci su di un terreno scivoloso nel quale potrebbero riemergere tendenze organiciste, proprio quelle che il Costituente volle relegare al passato, ponendo un argine invalicabile rappresentato dal citato controlimite (posto a presidio dell'inammissibilità del sacrificio individuale per l'interesse collettivo).

In realtà, l'elemento cui si vorrebbe ancorare, *ex post*, la «nuova» razionalità dell'obbligo vaccinale (rischiando di trasformarlo in obbligo di cura) è evidentemente rappresentato dall'emergenza. Ma proprio questa strada si manifesta pericolosa. Se in base all'emergenza fossimo disposti a sacrificare ogni limite al potere, le derive potrebbero essere davvero inquietanti.

Primi segnali che il pendio che abbiamo iniziato a percorrere è inclinato e scivoloso li abbiamo già nella giurisprudenza dei tribunali.

Una volta accantonata la via maestra, ossia quella che lega inscindibilmente l'obbligo vaccinale all'immunità di gregge²⁵, la strada della dilatazione del concetto di beneficio per la collettività conduce a ragionamenti che solo tre anni fa sarebbe stato impossibile trovare formalizzati in sentenze di giudici della repubblica. Infatti, a questo punto, il percorso argomentativo volto a giustificare la legge in tema di obbligo vaccinale²⁶ passa necessariamente attraverso il tentativo di dilatare

²⁵ Si ripete: perché si è preso atto, successivamente all'introduzione dell'obbligo, che non si può più sostenere la sua legittimità in base al criterio tradizionale, non essendo il vaccino in grado di bloccare il contagio – un dato che emerge dalla quotidiana esperienza, secondo l'ordinanza del CGARS.

²⁶ Ragionamenti che il CGARS non intraprende, sia chiaro, chiedendo anzi l'annullamento della legge impositiva dell'obbligo per una serie di ragioni, del tutto condivisibili.

il concetto di normale tollerabilità, con l'incredibile conseguenza che anche la morte finisce così per essere considerata «normale e tollerabile».

Di tale tenore sono infatti alcune recenti pronunce di Tribunali ordinari che, preso atto del rinvio alla Consulta della legge (art. 4 del d.l. n. 44 del 2021) proprio ad opera del CGARS, si sforzano addirittura di suggerire (sic!) alla Consulta le argomentazioni da usare per respingere la questione di costituzionalità proposta dagli stessi giudici siciliani.

Il Tribunale di Roma si è incamminato proprio su questa strada, pretendendo anche, incredibilmente, di indicare alla Consulta le motivazioni che «dovrà» (sic!) adottare nella decisione sulle ordinanze di rinvio in questione, auspicando che i «canoni della *normale tollerabilità possano essere ampliati* in relazione alla portata eccezionale del fenomeno pandemico»²⁷.

Il tribunale di Rovereto, in modo assolutamente adamantino, ha, dal canto suo, espressamente giustificato il sacrificio individuale per l'interesse collettivo (facendo peraltro riferimento ad irreali scenari apocalittici)²⁸, sempre in base alla giustificazione dell'emergenza. Secondo il Tribunale di Rovereto (sent. 57/2022) «un rischio di evento anche gravissimo come la morte o la grave malattia deve essere considerato come normale e tollerabile [sic!] a condizione, ben inteso, sia in

²⁷ Tribunale di Roma del 6.6.2022, N. R.G. 23807/2022 in cui il giudice, correttamente, rigetta una domanda cautelare contro una normativa sulla certificazione verde non più in vigore, difettando il *periculum in mora*, requisito indefettibile della tutela cautelare. Avrebbe potuto fermarsi qui. Il giudice, tuttavia, ha ben pensato di dispensare consigli alla Consulta in vista dell'udienza del 30 novembre. «La Corte Costituzionale dovrà [sic!] – scrive il giudice – modulare necessariamente i propri precedenti». In che senso dovrebbe andare questa rivisitazione viene chiarito senza lasciar adito a dubbi: «è altamente prevedibile» che la Corte costituzionale «attualizzerà quelle condizioni che lo stesso giudice delle leggi aveva peraltro già descritto come legittimanti misure normative recanti obblighi di vaccinazione alla luce della ritenuta prevalenza, nel caso di specie, di conclamate e documentate condizioni emergenziali». Infatti, ribadisce il giudice, «alcuni dei parametri saranno necessariamente attualizzati ed adeguati alle condizioni di contesto nelle quali le norme sono state chiamate ad operare. Non può, infatti, escludersi che quei canoni della *normale tollerabilità possano essere ampliati* in relazione alla portata eccezionale del fenomeno pandemico, in un'ottica che miri alla proporzionalità della misura *rispetto all'obiettivo da raggiungere*, in uno con la cura della popolazione in un contesto di emergenza sanitaria» (corsivo mio).

²⁸ Cfr. la nota successiva.

grado di scongiurare rischi ben maggiori (sempre di morte o di grave malattia, ma con un'incidenza statistica ben maggiore)»²⁹.

Queste recenti pronunce che finiscono con il ritenere che in emergenza persino «la morte o la grave malattia deve essere considerato come normale e tollerabile» non possono che scuotere profondamente, e in primo luogo, il senso di umanità.

In uno stato emergenziale, quindi, seguendo questo ragionamento, ci sarebbe poco da valutare. Ogni politica sarebbe idonea, anche se non rispettasse i presupposti logici, giuridici e persino etici cui misure di un dato tipo sono state tradizionalmente legate³⁰.

Siamo pertanto in presenza di una pluralità di indizi che sono esemplificativi di una tendenza in atto, volta a disancorare l'emergenza dal rispetto dei principi tradizionali e dalla stessa razionalità che sorregge fondamentali istituti giuridici, come, nel nostro caso, l'obbligo vaccinale³¹. Così facendo, è la stessa emergenza a

²⁹ L'affermazione appare già chiara nella sua durezza, ma il giudice è stato generoso di esempi. «A conferma del ragionamento sopra espresso – scrive – si ipotizzi una gravissima pandemia che, se non fermata, colpisca tutta la popolazione garantendo una mortalità del 10 per cento. Su una popolazione di 100 milioni di persone, ciò significa 10 milioni di morti. Davvero si vuol sostenere che sia incostituzionale una previsione di legge che, in un simile contesto, preveda l'obbligo vaccinale qualora il vaccino in questione determini, poniamo, 10 o anche 100 morti? Ciò significherebbe che per salvare le 10 o le 100 persone che morirebbero col vaccino si sacrificano 10 milioni di persone che morirebbero in assenza di vaccino. Né si può porre alcuna questione etica perché qualsiasi scelta produce delle morti e perché le persone che moriranno le sceglie il caso, non il legislatore».

Ora, a parte il rilievo, frutto della logica elementare, che si sta discutendo dell'obbligo della vaccinazione, e non certo dell'introduzione di un «divieto» a vaccinarsi, che nessuno ha mai immaginato di introdurre (mentre nel ragionamento inverosimile del giudice appare una fantomatica alternativa tra un obbligo – sussistente – e un immaginario divieto – per cui i milioni di italiani che volessero proteggersi dai rischi resterebbero assolutamente liberi di farlo anche in assenza di obbligo), un ragionamento di questo tenore si commenta da sé.

È la prevalenza del collettivo sull'individuale che giustifica il sacrificio individuale per il bene della collettività; l'individuazione in concreto del bene per la collettività, inutile dirlo, è frutto di una decisione dallo Stato.

³⁰ Ed a queste tentazioni di ribaltamento del sistema non è rimasto estraneo nemmeno il Consiglio di Stato. Nella già citata sentenza della III sezione, la n. 7045 del 2021, lo stesso concetto di precauzione è stato ribaltato nel suo contrario, affermando che la precauzione, nelle situazioni di emergenza, opera in modo contro intuitivo (sic!), cioè, se le parole hanno un senso, non indica più prudenza, ma imprudenza! Un paradosso logico e linguistico allo stesso tempo. Precauzione vuol dire prudenza. Se opera in modo *contro* intuitivo, la prudenza si trasforma nel suo contrario, cioè nell'*imprudenza*.

³¹ Cfr. sul punto, condivisibilmente, A. MORELLI, *Illegittimità dei Dcpm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giustizia, istituzioni*, 1° settembre 2020, . G

mutare di significato. Tradizionalmente, infatti, è sempre stata considerata come una situazione giuridica, che resta, comunque sia, sottoposta all'ordine costituito, retta dai principi costituzionali e da quelli generali. Le «nuove» emergenze, invece, finiscono per avvicinarsi a una vera e propria situazione di eccezione, che attribuisce al sovrano, secondo la ricostruzione dominante in dottrina, il potere di decidere al di fuori di limiti giuridici³².

A parte la circostanza che un ragionamento simile, da un punto di vista giuridico, è debole e contrario alla nostra tradizione in materia³³, pare il caso di osservare che, allo stato attuale, non esiste più quasi nessun ambito della vita associata che non sia toccato dall'emergenza. Abbiamo emergenza sanitaria, ambientale, energetica, economica, e adesso, da ultimo, anche l'emergenza bellica, che potrebbero durare – tutte – anni. La motivazione data dalle forze politiche all'ultima emergenza cui ho fatto riferimento, dando sostegno militare all'Ucraina attraverso la fornitura di armi, sta proprio nella necessità di proteggere la libertà contro il dispotismo. Allora chiariamo un punto: o le democrazie riescono ad affrontare le emergenze difendendo le libertà, oppure avremo democrazie senza libertà, che però non potremo più chiamare democrazie.

AGAMBEN, A che punto siamo? L'epidemia come politica, Quodlibet, Macerata, 2020, pp. 11 ss. G. AZZARITI, Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. I ss.; E. RAFFIOTTA, Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, pp. 95 ss.; G. D'AMICO, La libertà "capovolta". Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale, Napoli, 2020, pp. 37 ss.; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, p. 9.

³² Si evoca, a questo proposito, la nota tesi smithiana che si può leggere in C. SCHMITT, *Teologia politica*, in C. SCHMITT (a cura di G. Miglio e P. Schiera), *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 33. In questi termini, con riferimento però alla prima fase della pandemia, cfr. G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 10 e ss.; per una critica a questa ricorrente impostazione cfr., da ultimo, M. Luciani, *Il diritto e l'eccezione*, in *AIC*, 2/2022, 29 e ss. In generale, sul tema, cfr., fra i tanti, G. Mazzarita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, *passim*.

³³ Cfr. la giurisprudenza costituzionale in tema di ordinanze di urgenza e necessità: Corte cost. 2 luglio 1956, n. 8, in *Giur. cost.*, 1956, 602; . Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26, in *Giur. cost.*, 1961, 525; Corte cost. 12 gennaio 1977, n. 4, in *Giur. cost.*, 1977, 20; Corte cost. 3 aprile 1987, n. 100, in *Giur. cost.*, 1987, 764 e Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 617, in *Giur. cost.*, 1987, 3688. Cfr., in generale, per tutti, G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Nss. Dig. it.*, XII, 91-94; cfr., in particolare, F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *ENC. GIUR.*, XXII, par. 2.1.

Insomma, la strada volta a salvare *ex post* scelte che sono diventate irragionevoli in base a razionalità postuma, appare davvero piena di insidie.

5. Verso le cure obbligatorie per i sani?

Occorre, poi, considerare che, oltre alla posizione del CGARS³⁴, ci sono altri indici da tenere in considerazione.

In particolare, pare che si stia formando un movimento di pensiero teso, questa volta in modo esplicito, cioè perseguendolo specificamente come obiettivo da raggiungere per il futuro, a modificare la razionalità delle politiche di trattamento sanitario obbligatorio; un movimento che travalica gli stessi confini nazionali. Tale indice è contenuto nei documenti ufficiali della massima autorità mondiale in materia salute.

Si legge, infatti, in un documento recente dell'OMS, del 30 maggio 2022, su etica e trattamenti sanitari obbligatori³⁵: «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 della presenza di una vera e propria tendenza in atto volta ad ampliare l'ambito di operatività delle politiche di trattamenti sanitari obbligatori al di là di quello che è stato il loro tradizionale ambito di applicazione e oltre la loro consolidata giustificazione. Gli obiettivi di carattere sociale ed

³⁴ Che abbiamo inquadrato come un'interpretazione *oggettivamente* (cioè al di là delle intenzioni) volta a dare una giustificazione postuma a una scelta che, *ex ante*, poteva apparire ragionevole, ma che si è rilevata *ex post* priva di ragionevolezza

³⁵ <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2022.1>

economico si andrebbero ad aggiungere ai tradizionali obiettivi di tutela della salute pubblica come fonte di legittimazione di politiche impositive di obblighi di trattamento. Per cui «preserving the capacity of acute health care systems or other critical infrastructure», in altri termini, anche diminuire la pressione sugli ospedali, finirebbe per diventare una giustificazione all'imposizione di obblighi.

L'OMS, tuttavia, è un'organizzazione internazionale che si occupa di salute, ma che non ha alcun potere di interferire con i principi costituzionali dei singoli stati che concernono le libertà, proponendo letture che metterebbero in pericolo l'art.32 Cost., la sua consolidata interpretazione nonché la stessa razionalità democratica dell'obbligo vaccinale. Dovrebbe essere interesse collettivo arginare sul nascere una simile tendenza, per evitare che in un prossimo futuro anche obiettivi economici o sociali, come scrive l'OMS, possano legittimare politiche volte all'imposizione di trattamenti sanitari. I trattamenti sanitari obbligatori dovrebbero restare, invece, saldamente ancorati alla loro classica razionalità, cioè al raggiungimento di obiettivi salute pubblica, il solo cardine su cui (con consenso unanime dei costituzionalisti) sono stati fino ad oggi inscindibilmente legati³⁶.

³⁶ Tale aspetto è assolutamente pacifico in dottrina. Si veda, a tale proposito, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, 2015, 39, che scrive: «Dal modo in cui l'art. 32, comma 1, Cost., è formulato, si trae dunque un dato sufficientemente evidente: 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 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 allorché 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 nella dottrina che ha studiato l'art. 32 Cost.

Che le vaccinazioni, peraltro, fossero mezzi «di prevenzione rispetto ai morbi infettivi» (G. ZUNO, Voce Sanità pubblica, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Vol. XV. P. I, Milano, 1905, p. 418) è una constatazione che è sempre stata di assoluta evidenza. Così come è sempre stato parimenti evidente che la razionalità della vaccinazione obbligatoria riposa sulla cosiddetta immunità di gregge («La felice influenza della vaccina s'augmenta ancora se, in luogo di studiarla sopra un individuo preso isolatamente, no la studiamo sopra una popolazione di vaccinati (ed è proprio quello che bisogna fare ai fini della polizia sanitaria», *Ibidem*, 423, il corsivo è nel testo originale).

Se questa tendenza dovesse prendere il sopravvento, anche diminuire la pressione degli ospedali, come nel caso sottoposto all'esame della Consulta, potrà consentire, in futuro, obblighi di trattamento sanitario.

In conclusione, si dovrebbe prendere atto che le posizioni radicali fino ad oggi sostenute sono state mosse da sentimenti, umanamente comprensibili perché fondati sulla paura, ma oramai, sulla base dell'esperienza quotidiana che ognuno di noi ha dell'efficacia di questi vaccini, della giurisprudenza pregressa della Consulta, dell'art. 32 della Costituzione, sarebbe logico affermare l'incostituzionalità della disciplina in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 in conformità con il diritto consolidato in materia, riassunto efficacemente nell'ordinanza del Tribunale di Padova.

L'emergenza Covid ha prodotto due anni di confusione istituzionale e di profonda lacerazione sociale, per cui si dovrebbe oramai riflettere su tali questioni cercando di guardare al futuro, non al passato. Il Covid, con tutte le conseguenze che ha prodotto, sia sul piano medico che su quello dei rapporti personali e sociali, a partire dal distanziamento «sociale» (non fisico, si badi!)³⁷ dovremmo lasciarlo alle nostre spalle.

³⁷ Osserva condivisibilmente G. MONTEDORO, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte seconda. I giuspubblicisti* Intervista di F. Francario a D. Sorace, F. G. Scoca e G. Montedoro, in *Giustizia insieme*, 26 giugno 2020 che non ci sono solo aspetti giuridici del tema: «Ci sono conseguenze antropologiche forse di lungo periodo (le epidemie agiscono nel profondo, su abitudini consolidate come l'alimentazione, l'affettività, il sesso). Alcune aporie etiche – significative sul piano antropologico - sono state rivelate da Agamben (che pur errando nel ritenere l'epidemia un'invenzione entrando in un campo non suo e prendendo per buone alcune minoritarie opinioni espresse inizialmente da una parte degli scienziati esprime avvisi ai naviganti degni di considerazione). Agamben si è espresso così : “la paura è una cattiva consigliera, ma fa apparire molte cose che si fingeva di non vedere. La prima cosa che l'ondata di panico che ha paralizzato il paese mostra con evidenza è che la nostra società non crede più in nulla se non nella nuda vita. È evidente che gli italiani sono disposti a sacrificare praticamente tutto, le condizioni normali di vita, i rapporti sociali, il lavoro, perfino le amicizie, gli affetti e le convinzioni religiose e politiche al pericolo di ammalarsi. La nuda vita – e la paura di perderla – non è qualcosa che unisce gli uomini, ma li acceca e separa. Gli altri esseri umani, come nella pestilenza descritta da Manzoni, sono ora visti soltanto come possibili untori che occorre a ogni costo evitare e da cui bisogna tenersi alla distanza almeno di un metro. I morti – i nostri morti – non hanno diritto a un funerale e non è chiaro che cosa avvenga dei cadaveri delle persone che ci sono care. Il nostro prossimo è stato cancellato ed è curioso che le chiese tacciano in proposito. Che cosa diventano i rapporti umani in un paese che si abitua a vivere in questo modo non si sa per quanto tempo? E che cosa è una società che non ha altro valore che la sopravvivenza?”

L'art. 32 della Costituzione e la consolidata giurisprudenza costituzionale in tema di libertà di cura dovrebbero essere un bene prezioso da conservare per il futuro.

Le libertà di cui disponiamo in quanto cittadini e in quanto persone riguardano, infatti, il nostro futuro, quello del nostro paese e dei nostri figli.

Non scardinare la razionalità liberal-democratica e costituzionale dell'obbligo vaccinale dovrebbe essere l'auspicio di tutti, anche perché il tempo presente presenta sfide inedite.

Una dichiarazione di incostituzionalità basata sull'interpretazione consolidata dei principi della Carta, peraltro, non potrebbe avere alcun effetto su quanto già accaduto nel nostro Paese durante l'emergenza pandemica. Viceversa, accogliere la singolare motivazione del CGARS significherebbe modificare radicalmente il tema della libertà di cura e aprire un varco verso l'ignoto di cui è impossibile prevedere le conseguenze. E chi vorrebbe assumersi, nella situazione drammatica in cui ci troviamo, la responsabilità di condurci in una situazione dagli effetti imprevedibili?

Lo scontro attuale non è, semmai lo sia stato, tra no vax e pro vax, ma tra chi difende la razionalità liberal-democratica dell'obbligo vaccinale e chi, certamente senza mirare a questo obiettivo, porta avanti un ragionamento volto a scardinarla *ex post* per difendere «scelte tragiche» diventate errate per razionalità postuma, senza rendersi conto, però, che così si apre un varco verso l'ignoto.

L'auspicio è che il 30 novembre 2022 l'equilibrio, la logica, l'umanità e la cultura giuridica repubblicana prendano il sopravvento, ponendo un argine, forte e duraturo, contro derive di cui non si avverte alcun bisogno.

Si tratta del paradigma dell'immunizzazione – su cui ha riflettuto Roberto Esposito (*immunitas* come opposizione a *communitas*) – che diventa un problema quando si diffonde nel corpo sociale perché lo paralizza e lo svuota.

Canetti – in *Massa e potere* – riteneva che la società si avesse con i movimenti di massa come neutralizzazione dell'atavica umana paura di essere toccati, la pandemia distanzia la massa, quindi ci lascia soli.

Anche la disegualianza può cambiare segno, può, nell'emergere di nuove gravi povertà, divenire quello che Papa Francesco (e Bauman), chiama lo scarto.

Lo scarto non è solo il diseguale per comparazione con il più abbiente, è il socialmente distanziato».